RESUMEN

Acto Jurídico Negocial

CONSIDERACIONES:

- Este resumen **solo es del capítulo** 1 al 8 del libro.
- Con la idea de **no arriesgarme a tergiversar** las ideas del profesor, opté por copiar y pegar la información tal cual está en el libro. También beneficia al lector, pues no se arriesga a leer un resumen que, aunque más corto, esté tergiversando ideas.
- **Los pies de página son míos**, los usé para insertar información adicional que de otro modo interrumpiría la lectura limpia del resumen.
- El **índice** es el mismo que el del libro, así pueden ir comparando temas.

RESUMEN ACTO JURÍDICO NEGOCIAL

Capítulo I: La autonomía privada. El hecho, el acto y el negocio jurídico 6

1. La autonomía privada como fuente de relaciones jurídicas y su (pretendido) deslinde conceptual con la libertad jurídica. 7

2. Esbozo para una introducción a la teoría del negocio jurídico 7

2.1. Historicidad 7

2.2. Abstracción 8

2.3. Instrumentalidad 8

3. Hecho, acto y negocio jurídico 8

3.1. Hecho jurídico 8

3.2. Clasificación de los hechos jurídicos 8

3.2.1. Hechos jurídicos naturales 8

3.2.2. Hechos jurídicos legales 9

3.2.3. Hechos jurídicos humanos 9

3.3. Fattispecie o supuesto de hecho 10

3.4. Acto jurídico 10

3.5. Negocio jurídico 11

Capítulo II: La manifestación y la declaración de la voluntad 13

1. La manifestación y la declaración de voluntad. Las declaraciones de ciencia 14

2. La declaración de voluntad expresa 16

3. El silencio 16

4. Los hechos concluyentes 17

5. La declaración recepticia 17

6. La declaración de voluntad imperfecta 18

Capítulo III: Los denominados elementos esenciales del acto jurídico 19

1. Consideraciones generales 20

2. El objeto del acto jurídico: ¿la situación jurídica, la relación jurídica, el bien o el precepto? 21

3. La "sobredimensionada" causa del negocio jurídico 21

4. La formalidad 23

Capítulo IV: La representación 25

1. Brevísima reseña histórica 26

2. El poder 26

3. Naturaleza jurídica de la representación. Su autonomía conceptual 27

4. La representación y la relación de gestión 28

5. Diferencias de la representación con otras categorías afines 28

5.1. Con el mandato 28
5.2. Con la gestión de negocios 28
5.3. Con la sustitución 29
5.4. Con el nuncio o mensajero 29
6. Representación directa vs. representación indirecta o interposición gestoría 29
7. Tipos de Representación 30
7.1. Representación legal o necesaria 30
7.1.1. Representación orgánica 30
7.1.2. Características de la representación legal o necesaria 30
7.1.3. ¿Se puede nombrar un representante legal en previsión de la propia incapacidad? 31
7.2. La representación voluntaria 31
8. Capacidad del representante y del representado 32
9. Pluralidad de representantes 33
10. La relación jurídica representativa 34
11. Efectos de la representación 35
12. Patologías en el actuar jurídicamente del representante y la responsabilidad civil derivada de las mismas 37
13. La ratificación 37
14. La revocación 38
15. La irrevocabilidad del poder 40
16. Otros supuestos de extinción de la representación 41
17. La representación aparente 41
18. La representación tolerada 42
19. Vicios de voluntad y estados subjetivos relevantes 42
20. Negocio consigo mismo 43
21. Sustitución y delegación del poder 44
22. La renuncia 45
23. El mal diseñado sistema de apoyos y salvaguardias: el coronavirus que trajo el D. Leg. N.° 1384 y ha contagiado al Código Civil peruano 45
Capítulo V: Interpretación del negocio jurídico: ¿Hacia la búsqueda de "lo expresado" o de "la común intención de las partes" o (simplemente) de un espejismo? 47
1. Introducción 48
2. El objeto de la interpretación y su definición 48
3. Naturaleza de las normas sobre la interpretación del negocio jurídico 48
4. Análisis comparativo con el Código Civil italiano de 1942 49
5. Hacia la búsqueda de la "voluntad expresada" y de la "común intención de las partes" 49
6. Interpretación e integración 50

7. El principio de la buena fe 50

8. La interpretación sistemática 52

9. La interpretación teleológica 52

***10.* La interpretación *contro proferentem* 53**

11. ¿Puede el juez o el árbitro realizar una interpretación total del contrato aunque no haya sido solicitada por ninguna de las partes? 53

12. A manera de conclusión 54

Capítulo VI: Elementos accidentales del acto jurídico 55

1. Introducción 56

2. La condición 56

2.1. La condición ilícita y la condición imposible 58

2.2. La condición meramente potestativa por parte del deudor 58

2.3. Régimen de pendencia de la condición. Actos conservatorios. Repetición de lo pagado 59

2.4. Cumplimiento de la condición indivisible 60

2.5. Cumplimiento de la condición negativa 61

2.6. Realización irregular de la condición 61

2.7. Irretroactividad de la condición 61

2.8. La condición en los contratos 62

2.9. La condición en los testamentos 62

3. El término o plazo 62

3.1. Actos conservatorios en los actos sometidos a término suspensivo y resolutorio 63

***3.2.* El beneficiario del término. La presunción *favor debitoris* 64**

3.3. Derecho de repetición de lo pagado por ignorancia 64

3.4. Pérdida del beneficio del término 65

3.5. Fijación judicial del término 66

3.6. Reglas para la determinación del término 66

4. El cargo o modo 66

4.1. Antecedentes históricos 67

4.2. Naturaleza jurídica del modo 67

4.3. Los elementos del cargo o modo. Aspectos relevantes 67

4.4. Un caso sobre incumplimiento del cargo (… o ¿a quién beneficia la Sociedad de Beneficencia?) 69

4.5. Una sorprendente casación: el incumplimiento del cargo genera la resolución de la donación 69

Capítulo VII: Simulación del acto jurídico 70

1. Introducción 71

2. La simulación absoluta y la simulación relativa 72

3. El negocio disimulado, real u oculto 73

4. La situación del tercero frente al negocio disimulado, real u oculto..... 74

5. Simulación, fraude a la ley y apariencia..... 74

6. La responsabilidad civil de las partes derivada de la violación del acto simulado.. 75

7. La simulación y la denominada acción pauliana (pretensión procesal de ineficacia) 75

8. Sobre el análisis que se debe efectuar para verificar si nos encontramos frente a un acto simulado 75

Capítulo VIII: El fraude a los acreedores: La acción revocatoria o también denominada pauliana (*rectius* pretensión procesal de ineficacia) 76

1. Introducción..... 77

2. Requisitos y caracteres de la pretensión procesal de ineficacia 77

3. Efectos de la acción pauliana o revocatoria 78

4. Tipología de los actos materia de revocación..... 80

5. La desaparición del elemento "fraude" y la ampliación del "daño" dentro de los presupuestos de la acción pauliana..... 81

6. La acción revocatoria y la subrogatoria..... 81

7. La acción revocatoria y la simulación 82

Capítulo I: La autonomía privada. El hecho, el acto y el negocio jurídico

La autonomía privada es un poder que el ordenamiento jurídico otorga al sujeto de derecho para que autorregule sus propios intereses.

1. La autonomía privada como fuente de relaciones jurídicas y su (pretendido) deslinde conceptual con la libertad jurídica.

Reconocer libertad significa permitir hacer, dar al individuo una esfera de actuación. Reconocerle autonomía es reconocerle soberanía para gobernar la esfera jurídica. Existe autonomía cuando el individuo no solo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica".

Se sostiene que el acto de autonomía es libre, eficaz, vinculante y preceptivo. Asimismo, se incurre en equívoco cuando se habla de "autonomía de la voluntad", porque "el sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino el individuo, la persona, como realidad unitaria". Dentro de este contexto, el negocio jurídico puede definirse "como un acto de autonomía privada".

De esta manera, el gobierno individual de las relaciones jurídicas en que el individuo toma parte, a través de la autonomía privada, se desarrolla en un doble sentido:

- Es un poder de constitución de relaciones jurídicas;
- Es un poder de reglamentación del contenido de las relaciones jurídicas.

Se distingue entre normas jurídicas y negocio jurídico, observando que la diferencia estriba en que los preceptos del primer tipo (leyes, costumbres, etc.) tienen una eficacia primaria de organización social que les otorga el rango de normas jurídicas, mientras que los preceptos del segundo tipo (preceptos privados, negocios jurídicos) carecen de aquel significado, limitándose a servir de reglas de conducta en las relaciones interparticulares, lo que les priva de la categoría de normas jurídicas.

En efecto, la autonomía privada, a través del negocio jurídico, crea normas (entendidas como reglas de conducta), las cuales son las relaciones jurídicas objeto del mismo (con efectos entre las partes); pero no crea normas jurídicas, las cuales, por su especial naturaleza, tienen eficacia social.

2. Esbozo para una introducción a la teoría del negocio jurídico

Se ha afirmado que tres son las características de la figura conceptual del negocio jurídico:

2.1. Historicidad

El concepto de negocio jurídico surge a finales del siglo XVII y a principios del siglo XIX "como una respuesta que los juristas teóricos dan a una serie de problemas prácticos y presupone una evolución determinada del pensamiento jurídico". Se afirma que "el concepto o idea de negocio jurídico es una conquista de los civilistas modernos; en concreto, es la aportación básica de la pandectística alemana al aplicar el método inductivo deductivo, en combinación con el iusnaturalismo racionalista, al estudio de las Pandectas de Justiniano". Por otro lado, se sostiene que "el vocablo *negotium* se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo Derecho español, pero (fue) usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico jurídico". A ello se agrega que "desarrollando esta idea, Althusio (1617) trata, en la parte general de su sistema, del "*negotium symbioticum*" (de cooperación humana) como "*factum civile*" o negocio de este mundo, al que caracteriza como "actividad humana que precede al establecimiento de derechos".

2.2. Abstracción[1]

El negocio jurídico aparece como un supraconcepto". El negocio jurídico "es un concepto coextensivo al de la autonomía privada; reduce a una unidad conceptual toda posible manifestación de esta, tanto del derecho de familia (acto de matrimonio, reconocimiento del hijo natural, etc.) y del derecho sucesorio (testamento), cuanto del derecho patrimonial (contratos, promesas unilaterales, etc.)". Se afirma que los juristas piensan en diversos grados de abstracción; así, al nivel de derecho comparado "el *common law* se ha detenido en el primer grado de abstracción: *contract* es solamente aquello que en el *civil law* se define como contrato a título oneroso. El lenguaje jurídico corresponde al lenguaje "de las cosas"; para el *common law*, es contrato lo que es tal según el sentido común, es decir, el acuerdo para el intercambio de una prestación con una contraprestación. El sistema romano-francés se ha detenido en el segundo grado de abstracción: el contrato puede ser a título oneroso o gratuito. El sistema romano-alemán ha llegado hasta el tercer grado de abstracción: el negocio jurídico puede ser unilateral o bilateral".

2.3. Instrumentalidad

El concepto de negocio jurídico, "más que un término legislativo en sentido propio, es una construcción de carácter científico". Dentro de esta posición, se alinea quien sostiene que "el negocio jurídico se caracteriza por ser un instrumento puesto al servicio de los interesados para que ejerzan, con las limitaciones del ordenamiento, la potestad de establecer un precepto con un contenido reglamentador de sus intereses".

Sin embargo, se afirma que "el valor fundamental del negocio jurídico es un valor conceptual". Se sostiene así que "el trazar las líneas generales del negocio jurídico, destacar el significado de sus elementos y poner de relieve su fundamento es una tarea necesaria para ver en conjunto y apreciar bien el significado institucional de la autonomía privada. Ello debido a que, "conocidas las reglas básicas y generales que rigen la autonomía de la voluntad, se podrán colmar las lagunas del texto codificado", pudiéndose "librar del limbo jurídico" a determinadas figuras jurídicas.

3. Hecho, acto y negocio jurídico

> El hecho jurídico es aquel acontecimiento o suceso (natural o humano) que tiene trascendencia en el mundo del Derecho, por cuanto el ordenamiento jurídico así lo ha establecido previamente en su normatividad.

3.1. Hecho jurídico

En resumidas cuentas, es hecho jurídico aquel que produce efectos jurídicos, ya que el ordenamiento legal así lo prescribe. Aquí se configura la causa inicial (hecho jurídico) con la causa final (efecto jurídico), las cuales están vinculadas por un nexo causal (ordenamiento jurídico)".

3.2. Clasificación de los hechos jurídicos

3.2.1. Hechos jurídicos naturales

Son aquellos en los cuales no participa la voluntad humana y existe una presencia de los fenómenos de la naturaleza, que son la causa de dichos hechos. Pueden ser considerados hechos jurídicos naturales el nacimiento, la desaparición y la muerte. Insisto que el tiempo, por sí solo,

[1] **NOTA:** Los tres grados de abstracción suele ser una pregunta en el examen. Al respecto, el pie de página 31 del primer capítulo desarrolla más el tema explicando el proceso de abstracción.

no puede producir efectos jurídicos. Se requiere, como mencioné anteriormente, que el ordenamiento jurídico le dé relevancia a tales hechos.

3.2.2. Hechos jurídicos legales

Cierto sector de la doctrina nacional introduce la clasificación de hechos legales, manifestando que: "la ley sí es productora de consecuencias jurídicas modificando la situación pre-existente (cuando, por ejemplo, lo que era comerciable deja de serlo); pero aclarando que lo es de forma mediata y en ausencia del hecho o acto o de una voluntad consciente dirigida a obtener el efecto que la ley asigna. De alguna manera, podríamos llamarlos efectos colaterales. A tal fin, podrían mencionarse como ejemplos el caso de la hipoteca legal y el de la garantía por construcción".

En sentido estricto, la ley recogerá, ora hechos humanos, ora hechos naturales, mas nunca a la ley misma, ya que no puede recoger ni valorar ni asignarle efectos jurídicos a aquellos hechos, relaciones o situaciones que ya han sido recogidos, valorados y juridizados, como es el caso de la ley.

3.2.3. Hechos jurídicos humanos

Son aquellos en los cuales es relevante la voluntad humana. A su vez, los hechos jurídicos humanos se subclasifican en:

3.2.3.1. Hechos jurídicos humanos involuntarios

Son aquellos hechos que realiza el hombre; pero cuya consecuencia no es deseada e incluso pueden haber sido realizados sin discernimiento.

3.2.3.2. Hechos jurídicos humanos voluntarios

Son aquellos hechos que se realizan, siguiendo al Código Civil argentino, con discernimiento, intención y libertad. Para autorizada doctrina de ese país, el discernimiento es "la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias"; la intención es el ejercicio correcto del discernimiento; y la libertad es la facultad de elección entre varias opciones. Estos hechos se distinguen en:

a) Hechos jurídicos voluntarios ilícitos

Para autorizada doctrina italiana, "actos ilícitos (desde el punto de vista del derecho privado y prescindiendo de los actos ilícitos penales) son aquellos que, queridos por el sujeto que los realiza y cumplidos contra una norma de ley, producen un daño a otro sujeto; y, a causa de ello, importan, para quien ha realizado el acto, la obligación de resarcir el daño inferido. El acto ilícito puede ser extracontractual o contractual. En este segundo sentido, coincide con el hecho del incumplimiento voluntario de una obligación".

b) Hechos jurídicos voluntarios lícitos

En otras palabras, se podría decir, que legalidad es la conformidad con la ley, mientras que la licitud es la conformidad con la justicia, entendida como "la expresión unitaria e integrante de todos los valores de la convivencia, (que) presupone el valor trascendental de la persona humana y representa, a su vez, el presupuesto de todo el orden jurídico", Por ello, la acepción material de licitud (conformidad al valor justicia) debe prevalecer a la acepción formal (conformidad al dato legislativo).

A su vez, los hechos jurídicos voluntarios lícitos se distinguen en hechos jurídicos voluntarios lícitos con (o sin) sin declaración de voluntad.

3.3. Fattispecie o supuesto de hecho

Doctrina italiana que ha devenido en clásica ha advertido que se debe distinguir el hecho jurídico de la *fattispecie*, que se le llama también supuesto de hecho.

La *fattispecie* es una abstracción normativa, especie del género hecho jurídico, a la cual sería mejor denominar hecho genérico o hecho constitutivo. La *fattispecie* precede a la norma y a los efectos de la norma cuando esta se convierte en un hecho factible, concreto, es decir, cuando se hace realidad.

Asimismo, se clasifica en:

- *Fattispecie* simple cuando se trata de un presupuesto jurídico;
- *Fattispecie* compleja cuando se refiere a un conjunto de presupuestos jurídicos.

3.4. Acto jurídico

En la delimitación conceptual que traza la doctrina nacional tradicional, es el hecho jurídico, voluntario, lícito, con manifestación de la voluntad y efectos jurídicos. Así, se ha afirmado que el acto jurídico: "es una especie dentro del hecho jurídico, pues aquel descarta la involuntariedad y la ilicitud. Lo primero es indudable. La palabra misma 'acto' indica una determinación de voluntad. Mas algunos son de opinión de que el término acto jurídico debe comprender el hecho voluntario, tanto el lícito como el ilícito (Enneccerus). Este parecer es inaplicable dentro de la sistemática de nuestro Código Civil, que asigna el carácter de licitud al acto jurídico".

Desde mi particular punto de vista, se observan las siguientes distinciones entre el acto y el negocio jurídico:

- Tanto el acto como el negocio jurídico son especies del género hecho jurídico; pero el negocio jurídico es una *sub specie* del acto jurídico.
- El acto jurídico se materializa a través de la manifestación de la voluntad (entendida como "la exteriorización de un hecho psíquico interno, que consciente y voluntariamente trasciende del individuo y surte efectos ante terceros con valor expositivo, aunque estuviera lejos del ánimo del agente el querer producir tales efectos"); el negocio, a través de la declaración de la voluntad (entendida como "aquel acto responsable que exteriorizando la "coordinación jerárquica de nuestros deseos", tiene como propósito producir efectos jurídicos mediante la comunicación de la voluntad contenida en la expresión"). Nótese que la relación entre manifestación y declaración de voluntad es de género a especie". Sin embargo, en ambos supuestos, las consecuencias jurídicas ya se encuentran predeterminadas por el ordenamiento jurídico.
- Dentro de esta concepción, es también acto jurídico el hecho humano voluntario ilícito. La licitud (o ilicitud) de un hecho humano voluntario no puede desvirtuar su naturaleza de acto. Para un sector de la doctrina, el negocio jurídico solo puede ser lícito cuando el ordenamiento jurídico faculta a las partes para autoregularse en virtud del principio de la autonomía privada y esta tendría como límite su "fin lícito". Sin embargo, para otro sector de la doctrina, en opinión que comparto, también podría configurarse un negocio jurídico ilícito.
- Lo que se legisla en el artículo 140 del Código Civil (teniendo como antecedentes el artículo 1075 del Código Civil de 1936 y el artículo 1235 del Código Civil de 1852) no es el acto jurídico sino el negocio jurídico, porque alude a la intención de las partes para determinar sus efectos y a sus requisitos:
    - Plena capacidad de ejercicio (agente capaz, originalmente);
    - Fin lícito;
    - Objeto física y jurídicamente posible;

- Observancia de la forma prescrita por ley bajo sanción de nulidad (en el caso de los actos *ad solemnitatem*).

Estos son los elementos propios de los negocios jurídicos. En mi opinión, el acto jurídico es aquel hecho humano realizado voluntariamente, lícito o ilícito, del cual surgen efectos jurídicos.

Se sostiene que identificar el concepto del acto jurídico con el de manifestación de voluntad "es inexacto y ha contribuido a oscurecer el concepto del acto jurídico". Ello en atención a que se debe entender que dicha manifestación crea un precepto o regla de conducta, que regulará una relación o situación jurídica.

3.5. Negocio jurídico

> El negocio jurídico se configura cuando uno o varios sujetos declaran su voluntad, a efectos de autorregular sus propios intereses, creando un precepto (entendido como regla de conducta), que normará las relaciones o situaciones jurídicas que se han creado, modificado o extinguido.

Frente a la doctrina francesa que crea la teoría del acto jurídico, surge la doctrina alemana que instituye la teoría del negocio jurídico, que luego fue seguida por los españoles y los italianos. La teoría del negocio jurídico se origina en la corriente pandectista alemana: y se consagra, entre otros cuerpos legislativos, en el Código Civil alemán de 1900. El negocio jurídico es definido como "el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada) y con el que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido)". Doctrina nacional ofrece una explicación que intenta justificar la sinonimia conceptual entre acto y negocio jurídico basándose en doctrina española: el término francés *acte* tiene dos sinónimos, uno masculino que significa *acta* (documento) y otro femenino que significa *acto* (negocio). Al ser imposible usar el término *affaire juridique* para traducir el negocio jurídico, se usó la locución *acte*. Por consiguiente, por una confusión en la traducción, se equiparó *acto con negocio jurídico* para distinguirlo del *acta*.

Negocios jurídicos son los tipos de actos que, según el ordenamiento jurídico, tienen la finalidad de que los individuos por medio de ellos configuren creativamente relaciones jurídicas conforme a su voluntad. La configuración de la relación jurídica ocurre por el hecho del que el que actúa negocialmente o varios en cooperación establecen una reglamentación, que, en virtud del reconocimiento del ordenamiento jurídico, vale como Derecho.

Sus características —del negocio jurídico— son las siguientes:

- El negocio jurídico es una figura de derecho privado.
- Entre el contenido de la voluntad y el efecto que el Derecho atribuye a un negocio, no hay una inmediata relación de causalidad.
- Las consecuencias jurídicas son paralelas a las de carácter económico o social que los agentes han querido estatuir.
- Los efectos serán esenciales, naturales o accidentales.
- La declaración de voluntad, o el acuerdo de varias, puede requerir en ocasiones de otros supuestos para obtener la finalidad práctica deseada (no el nacimiento del negocio).
- El negocio aspira al logro de un fin que normalmente reviste un aspecto económico.

Se sostiene que "en el negocio jurídico los efectos no han sido previstos con anterioridad ni taxativamente por el ordenamiento jurídico; los efectos deben vincularse, más bien, y según cada caso, con la declaración de voluntad (según las doctrinas más antiguas) o con la composición de

intereses fijadas en la regla que el negocio (entendido como acto de autonomía) expresa". No estoy de acuerdo con esta posición. Es una falacia sostener que la diferencia entre el acto y el negocio jurídico estriba en que los efectos jurídicos están predeterminados por ley en el primero y que los fijan las partes en el segundo. Tanto en el negocio jurídico como en el acto los efectos están predeterminados por el ordenamiento jurídico. Lo que sucede es que, en el ámbito del negocio jurídico, los efectos están delimitados por normas supletorias, mientras que en el ámbito del acto jurídico, los efectos están predeterminados por normas imperativas o inspiradas en el orden público (y, si se quiere, en las buenas costumbres): es justamente que la autonomía de la voluntad (a través del instrumento negocio jurídico) se puede desplegar (e imponer) sobre las normas supletorias y producir efectos jurídicos, porque así lo ha decidido (y predeterminado) el ordenamiento jurídico, como reconocimiento (y consecuencia, a su vez), obviamente, de la persona entendida como un valor (o como dice nuestra Constitución: un "fin supremo de la sociedad y del Estado"). He aquí la verdadera diferencia, a mi modo de ver, entre el acto y el negocio jurídico.

No obstante, todo este planteamiento doctrinario —que es válido, al existir una serie de negocios (o de actos como prefiere nuestro Código Civil) tan distintos unos de otros— llama a cuestionamiento la presencia de un libro separado de acto jurídico cuando contamos ya con una sección dedicada a la parte general de los contratos, al matrimonio y a los testamentos ¿Qué tipo de actos jurídicos se regulan en este libro? ¿No se podría fusionar el libro de acto jurídico con la parte general de los contratos?

Es importante advertir que un sector de la doctrina pone en evidencia la "crisis" del negocio jurídico, al observar que "en la segunda mitad del novecientos la doctrina italiana comienza a reconsiderar críticamente la teoría del negocio jurídico, que se encamina a perder la importancia y la centralidad de las décadas precedentes. La doctrina cuestiona ambas funciones que habían justificado su creación.

En esta línea de pensamiento, se observa que, en los años Noventa del siglo pasado el negocio jurídico se convierte entonces "en una categoría útil desde el punto de vista clasificatorio y axiológico; pero que no influye desde el punto de vista normativo ni de la praxis".

Desde el punto de vista del derecho comparado, se advierte que el uso del concepto de *Rechtsgeschäft* (negocio jurídico) "está sobredimensionado" por los juristas. Así, "en línea de máxima, solo el elemento de la declaración (*Erklärung*) es propio de toda una clase de actos que se vinculan al concepto de negocio jurídico". Esta "excesiva abstracción, imperante aún en el campo jurídico", "no acarrea ninguna ventaja, sino de carácter sistemático y no está, por ejemplo, en grado de realizar la tarea principal del derecho, es decir, la de facilitar modelos y criterios para la solución de conflictos". Se puntualiza que, "en nuestra opinión, un método funcional, como debe ser el del derecho comparado, no puede servirse útilmente del concepto del "negocio jurídico". ¿Esto quiere decir que el concepto del negocio jurídico no sirve? La respuesta correcta es la negativa. Simplemente debemos abstenernos de exageradas idolatrías dogmáticas que, al sobreestimar una categoría nos hagan olvidar lo evidente: su funcionalidad y utilidad práctica.

La conclusión a la cual podemos arribar es que, más allá de las etiquetas, debemos validar la utilidad de una categoría jurídica, llámese negocio o acto (como prefiere el Código Civil peruano), nos encontramos frente a un supraconcepto que nos va a servir como instrumento para encausar la autonomía privada, así como interpretar y regular las diversas variedades y especies de actos y negocios que surgen en la experiencia jurídica cotidiana.

Capítulo II: La manifestación y la declaración de la voluntad

La manifestación de la voluntad es la exteriorización de un hecho psíquico interno destinado a producir efectos jurídicos. Si estos son queridos por el agente, se trata de una declaración de voluntad.

La declaración de ciencia está dirigida a dejar constancia de una serie de hechos, situaciones o características que han de acompañar a la declaración de voluntad en la producción de los efectos jurídicos queridos por el agente.

1. La manifestación y la declaración de voluntad. Las declaraciones de ciencia

Calificada doctrina nacional, comentando este artículo (art. 141 c.c.) explica que en el Código Civil, la expresión "manifestación de voluntad" es utilizada con un objetivo preciso: la intuición de que la actividad negocial no opera exclusivamente con "declaraciones", es decir, con enunciados dirigidos a destinatarios en particular, sino también mediante otras formas de comunicación. Esta es la razón por la cual se habla de "manifestación", por haberse considerado que este término es de mayor amplitud que el de "declaración".

En mi opinión, conforme ya se había adelantado en el capítulo anterior, en ambas se produce la exteriorización de un hecho psíquico interno; pero la diferencia estriba en que la consecuencia jurídica en la manifestación de voluntad no es necesariamente querida por el sujeto, mientras que sí lo es en el caso de la declaración.

De la lectura de los artículos 140 y 141 del Código Civil, observamos que el legislador prefiere utilizar el término de "manifestación de voluntad". Por otro lado, el artículo 1956 del Código Civil al regular la promesa unilateral opta por el término "declaración de voluntad". En atención a ello creo que el modelo jurídico adoptado se inclina por la posición que los entiende como conceptos idénticos.

La declaración negocial es "el signo o los signos que se pueden considerar expresivos de una voluntad, dirigida a conseguir un resultado social, que el Derecho estima digno de amparo como relación negocial. Estos "signos" son la palabra hablada, la escrita e inclusive, el lenguaje por medio de gestos.

Sin embargo, el hombre se compromete no sólo manifestando una voluntad, sino también dejando constancia, aseverando, garantizando la verdad de lo que dice. Por ello, autorizada doctrina distingue entre **declaraciones preceptivas (dispositivas) y enunciativas (representativas),** según que la declaración tienda sólo a conocer un hecho o bien pretenda provocar un comportamiento. Sobre la base de esta distinción, deducida la naturaleza del resultado psíquico al que se mira en cada caso, se acostumbra calificar el acto, en la primera categoría de casos, como "declaración de ciencia", en la segunda como "declaración de voluntad".

Las declaraciones de ciencia o afirmaciones de veracidad se pueden agrupar en tres categorías:

- Aseveraciones contractuales, que "operan en ocasión de un contrato; el asegurado indica un dato influyente en el riesgo; el vendedor indica la calidad de la mercadería".
- Aseveraciones de reconocimiento, como es el caso de la confesión.
- Aseveraciones idóneas para justificar un *status*, sea del destinatario o de un tercero, como el caso del reconocimiento del hijo.

Volviendo a las **declaraciones de voluntad**, un sector de la doctrina alemana diferencia, además:

- La **voluntad de actuar**, es decir "el elemento volitivo por el que el declarante establece voluntariamente un signo de la declaración".
- La **voluntad de declarar** o la conciencia de la declaración, que trata "si aquel que cumple el supuesto de hecho de una declaración quiere que su conducta sea una declaración, o si al menos es consciente de que su conducta es un supuesto de declaración".
- La **voluntad negocial**, es la voluntad que está dirigida a producir determinadas consecuencias jurídicas mediante la declaración, o como la intención dirigida a un determinado resultado económico garantizado por el Derecho, o como voluntad de producir un resultado económico.

Doctrina nacional prefiere distinguir entre[2]:

- **La voluntad declarada**, que es propiamente el contenido de la declaración de voluntad y que es lo expresado a través de la conducta declaratoria. Un ejemplo sería el querer comprar.
- **La voluntad de declarar**, compuesta a su vez de dos voluntades:
    - **La voluntad del acto externo**, "que es propiamente la voluntad de realizar la conducta en que consiste la propia declaración de voluntad". Como ejemplo tendríamos el querer firmar el contrato de compraventa.
    - **El conocimiento del valor declaratorio de la conducta en que consiste la propia declaración de voluntad**, "esto es, el conocimiento de que a través de una determinada conducta se está declarando una voluntad". Ejemplo: saber que firmando el contrato me estoy vinculando jurídicamente.

Estas clasificaciones no son más que un esfuerzo didáctico de diferenciar el **momento volitivo** (la mera actuación o exteriorización de una conducta) del **momento decisivo** (el convencimiento en el fuero interno del sujeto que se quiere actuar de determinada manera), o si se prefiere, externo e interno, en el proceso de la manifestación de la voluntad.

Para mejor entender las implicancias de esta regla y, sin ninguna intención de originalidad, usaré el tan socorrido (como antiguo) caso de la subasta de vinos en Tréveris: cuando una persona levanta la mano en una subasta, dicho comportamiento, es entendido como una puja (oferta). Si una persona en ese momento, saluda a otra, este "signo", será entendido como una oferta y el agente emisor (independientemente que otra haya sido su intención) quedará vinculado jurídicamente por ello.

Las principales teorías que han afrontado el problema de la incompatibilidad entre la voluntad y la declaración son las siguientes[3]:

- **La teoría de la voluntad**, en la cual prima la intención del que exteriorizó el hecho psíquico interno. En el ejemplo de la subasta, el "signo" no sería válido. La excepción se encuentra en la reserva mental.
- **La teoría declaracionista**, en la cual prima el acto volitivo, independientemente de cuál ha sido la intención del agente: el saludo vale como puja.
- **La teoría de la responsabilidad[4]**, en la cual habría que tener en cuenta la conducta (si bien en su acepción original, se habla de culpa) del declarante.

[2] Tanto esta como la anterior clasificación tienen poca probabilidad de ser materia de pregunta en el examen parcial; sin embargo, nunca falta un caso excepcional, por eso las apunto aquí.
[3] Esta clasificación sí es importante, forma parte del ABC de la teoría de la manifestación de voluntad. Salvo la última teoría, las demás las pueden encontrar en la generalidad de libros sobre acto jurídico.
[4] Teoría intermedia entre aquella de la voluntad y la declaracionista. En el caso de la puja, por la teoría de la responsabilidad se evalúa el dolo o culpa del declarante; el que levantó la mano actuó de forma negligente y por tanto no se puede aprovechar de su propio descuido, por tanto, es responsable de su declaración.

- **La teoría de la confianza**[5], se centra en la apreciación que el destinatario ha tenido de la declaración. Así, los terceros, en atención a la naturaleza de la subasta, entienden que levantar la mano es una puja y no un saludo.
- **La teoría de la vigencia**, en la que se sostiene que "el negocio jurídico es por su contenido declaración de vigencia, porque por medio del acto jurídico negocial se instaura o se pone en vigor una reglamentación por la que una relación jurídica se constituye, modifica o extingue".

2. La declaración de voluntad expresa

> Es la exteriorización de la voluntad mediante signos sensibles, social o convencionalmente admitidos (palabra escrita o hablada, gestos, medios electrónicos, entre otros), destinada a producir efectos jurídicos.

Existen dos teorías que delimitan la naturaleza de este tipo de declaración, a saber:

- **Teoría subjetiva**, en la que se afirma que nos encontramos frente a una declaración expresa cuando la misma sirva para manifestar una intención jurídico-negocial.
- **Teoría objetiva**, que delimita que la declaración expresa se configura por medio de los signos de declaración que, según los usos del tráfico, parezcan como medios de declaración habituales.

Dentro de una declaración de voluntad expresa, podemos encontrar una **declaración de voluntad implícita**. En efecto, "al significado explícito por la declaración se agrega un segundo significado, creíble porque se infiere lógicamente del primero de manera univoca". Es declaración implícita el caso del "deudor que por escrito pide restituir la suma prestada más tarde de lo convenido, expresamente desea modificar el contrato en cuanto al vencimiento de la obligación y además reconoce tácitamente la obligación".

3. El silencio

> El silencio es un comportamiento omisivo que puede tener las consecuencias jurídicas de una declaración de voluntad, si la ley o la autonomía privada así lo predeterminan

Con razón se sostiene que "en la actualidad, el silencio aisladamente considerado no es idóneo para expresar un querer dispositivo negocial, pero si con él concurren circunstancias como relaciones precedentes de las partes que así lo indiquen, o un acuerdo previo en ese sentido sin que eso implique una cláusula abusiva, o la ley que tal consecuencia imponga, el silencio sí resulta adecuado para hacer una declaración dispositiva negocial. Se agrega que "todas estas tres hipótesis finalmente se reducen a que existe un deber de hablar: en el primer caso porque así la impone la buena fe, en el segundo porque lo impone el acuerdo de las partes, y en el tercero porque lo impone la ley". Se concluye que "la cuestión se resume afirmando que el silencio da lugar a una declaración negocial si quien ha podido y debido hablar no lo hace".

[5] Teoría intermedia entre aquella de la voluntad y la declaracionista. En el caso de la puja, por la teoría de la confianza se evalúa la buena o mala fe del receptor de la declaración; en el contexto de la puja, lo normal es que se entienda que si alguien levanta la mano es para pujar y no para saludar, a razón de proteger esa confianza es que el declarante asume los efectos jurídicos de la manifestación de voluntad.
Ambas teorías, de la responsabilidad y confianza, descansan en evaluar factores internos de los sujetos; en el primer caso se revisa al declarante; en el segundo, al receptor.

4. Los hechos concluyentes

> Son actos autónomos autosuficientes, es decir, que por sí solos producen determinados efectos jurídicos.

Es importante distinguir el silencio de la declaración de voluntad tácita, por cuanto, si bien la inercia es la característica del primero, los actos concluyentes hacen lo propio con la segunda. Por ello, "la conducta es calificada de *concluyente* en cuanto impone una conclusión, una *deducción* lógica que no está fundada sobre la conciencia del agente, sino sobre el espíritu de *coherencia* en el que según los puntos de vista comunes debe informarse todo comportamiento entre miembros sociales y sobre la autorresponsabilidad a que es ajena, por una exigencia normativa, a la carga de conocimiento".

Paradigma del acto concluyente es el supuesto de la utilización de una prestación ofrecida a título oneroso, como sería el de los siguientes casos":

- Si en un *restaurant* hay un *buffet*, y una persona se sirve, se constituye una relación contractual y surge la obligación del pago.
- En las tiendas de autoservicio, la compraventa se perfecciona desde que el cliente se "sirve" en la manera prevista.

Común denominador de estos casos es la necesidad "que la onerosidad de la prestación utilizada sea reconocible". Si es que no se quiere que el acto concluyente produzca efectos jurídicos, el agente tiene la carga de formular **reserva**, denominada también protesta o *protestatio*, por medio de la cual "se destruye la apariencia de que se realizó una declaración de voluntad, apariencia que surge del acto concluyente". Evidentemente, "la protesta solamente puede aclarar, pero no se puede poner en contradicción con los mismos actos. La protesta contradictoria no es atendible.

5. La declaración recepticia

> La declaración recepticia es un tipo especial de declaración de voluntad unilateral que, para producir efectos jurídicos, requiere del conocimiento del destinatario.

Por declaración recepticia se entiende una u otra de las siguientes figuras: *a)* en un primer significado, es recepticia la declaración que no existe, o que no tiene efecto, si no es conocida —variante: si no ha llegado— al destinatario; *b)* en un segundo significado, es recepticia la declaración dirigida a una persona determinada (sin perjuicio de la eficacia o ineficacia de la declaración en caso de falta de recepción)".

¿Qué sucede en el caso de la **promesa unilateral**? El artículo 1956 del Código Civil prescribe que:

> "Por la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona.
>
> Para que el destinatario sea acreedor de la prestación es necesario asentimiento expreso o tácito, el cual opera retroactivamente al momento de la promesa".

El texto es claro al establecer que la obligación del promitente surge "por su sola declaración de voluntad". Entonces nos encontramos frente a una declaración de voluntad no recepticia, vale decir, no requiere que los terceros tomen conocimiento de la misma.

6. **La declaración de voluntad imperfecta**
   - **Reserva mental**: No se debe confundir la reserva mental con la *protestatio* (protesta), llamada también reserva, en la cual nos encontramos frente a una declaración de voluntad dirigida a aclarar que un acto previo no tiene el efecto jurídico que se podría interpretar comúnmente. Como ya se advirtió, si no se formula dicha reserva, se estará en un supuesto de *facta concludentia*. La reserva mental no tiene trascendencia jurídica, la formulación de la reserva (protesta) sí.
   - **Declaración *iocandi gratia***: Declaración que se hace sin un fin serio, en broma.
   - **Declaración simulada**: Las partes declaran algo que en realidad no quieren (ergo: una mentira), la mentira puede servir para ocultar otro negocio real o como un fin en sí mismo.
   - **Declaración escénica y aquella formulada por motivos didácticos**: Un ejemplo sería, valga la redundancia, los ejemplos que dan los profesores en clases, dichas declaraciones solo tienen fines didácticos.
   - **Declaración precedida o acompañada de una reserva expresa unilateral**, contenida en el mismo contexto, o en un contexto aparte (por ejemplo: "sin compromiso").

Capítulo III: Los denominados elementos esenciales del acto jurídico

1. Consideraciones generales

Como autorizadamente se advierte, aunque con no pocas críticas, desde la Edad Media, se han diferenciado los *essentialia*, *naturalia* y *accidentalia negotii*, de la siguiente forma:

- ***Essentialia negotii***, "se trata de puntos que deben ser objeto de la regulación contractual para que exista un tipo de negocio jurídico reconocido por el Ordenamiento".
- ***Naturalia negotii***, son las reglas del Ordenamiento que constituyen el complemento de la reglamentación jurídico-negocial. Por ello, se debe, pues, aclarar que se está en presencia, ya no de elementos del acto, sino de consecuencias normativas.
- ***Accidentalia negotii***, "son los pactos que no constituyen el tipo de negocio establecido por el Ordenamiento jurídico".

Autorizada doctrina distingue los elementos constitutivos del negocio jurídico (forma y contenido) de los presupuestos de validez "referentes unos a los sujetos (capacidad y legitimación), otros al objeto (posibilidad, licitud, poderabilidad)". En puridad: el sujeto no puede ser considerado como un elemento del negocio jurídico ya que no forma parte del mismo. Sin embargo, la capacidad del agente es un presupuesto de validez del acto.[6]

Esta *mélange* de **elementos esenciales y presupuestos de validez** del acto jurídico, bien es sabido, se encuentran en el artículo 140 del Código Civil, y son:

- **Sujeto**, con el cual se quiere hacer alusión al sujeto que ha de declarar su voluntad a efectos de vincularse jurídicamente.
- **Objeto**, concuerdo con que "la polisemia de la palabra "objeto" ocasiona discrepancias entre los autores que, con el correr de los años, han intentado precisarlo. Así, cierto sector de la doctrina distingue el **objeto** del **contenido** del acto jurídico. En efecto, se sostiene que este último es el reglamento, el conjunto de las disposiciones queridas por las partes o determinadas por ley. Creo que la afectación del reglamento necesariamente implica la del objeto del acto jurídico y viceversa. Sin embargo, la distinción reforzaría la posición asumida por el Código civil peruano, en el sentido que el objeto del acto es el de crear (regular, modificar o extinguir) la relación o situación jurídica, mientras que el contenido es el reglamento.
- **Fin**, es la causa del acto, si bien (generalmente) conceptualizada como la función económico-social que busca el sujeto al manifestar su voluntad.
- **Forma (si el acto jurídico es *ad solemnitatem*),** que en sustancia, no es más que la exteriorización de la voluntad. Un sector de la doctrina nacional distingue la **forma** de la **formalidad**, entendida esta última como "el modo de emitir la declaración de voluntad, o de documentarla o de hacerla notoria a otras personas".

Ahora bien, estos elementos (así como el presupuesto) deben reunir los siguientes **requisitos:**

- **Con respecto al sujeto, que sea capaz,** vale decir, que el sujeto se encuentre en la aptitud de vincularse jurídicamente con la declaración de su voluntad. Por cuanto respecta la **validez de los actos realizados por los incapaces**, se parte de la distinción de los actos efectuados antes y después de la interdicción. El acto jurídico (ya no) es nulo cuando haya sido realizado por persona absolutamente incapaz (por cuanto ha sido derogado el artículo 219.2) pero sí es anulable cuando su autor sea una persona con capacidad de ejercicio restringida (artículo 221.1).

[6] Mejor explicación sobre los elementos, presupuestos y requisitos del acto jurídico se puede encontrar, por ejemplo, en el libro Nulidad del Acto Jurídico de Taboada.

- **Con respecto al objeto, que sea física y jurídicamente posible y determinable.** Es importante diferenciar de los casos de imposibilidad definitiva |...] los casos de imposibilidad transitoria. Lo que importa para los efectos de la validez del negocio es que el objeto sea posible al momento en que el negocio es eficaz.
- **Con respecto al fin, que sea lícito,** con ello se pretende poner en evidencia que la función individual práctica del acto solo será amparada por el ordenamiento jurídico si es que no contraviene sus estándares de imperatividad, orden público y buenas costumbres.
- **Con respecto a la formalidad, que sea la establecida por ley,** en efecto, si bien en materia de acto jurídico existe el principio de libertad de forma (artículo 143 del Código Civil), hay actos que, por su particular relevancia, requieren de una formalidad determinada.

2. El objeto del acto jurídico: ¿la situación jurídica, la relación jurídica, el bien o el precepto?

> El objeto del acto jurídico es tanto la situación jurídica (posición que ocupa el sujeto de derecho frente al ordenamiento jurídico), la relación jurídica (vinculación entre dos o más situaciones jurídica) o el bien (la realidad del mundo exterior, material o inmaterial, sobre la cual recae el poder de los sujetos de derecho) materia de la relación jurídica.

También se sostiene que "el objeto del negocio jurídico es el conjunto de preceptos o reglas que la parte o las partes declaran hacer suyas" con miras a conseguir un resultado práctico aceptado por el ordenamiento jurídico". En mi opinión, si entendemos a la relación jurídica como una regla que se establece entre las partes, no resulta tanta la diferencia con la doctrina que entiende que el objeto del acto es un precepto.

La posición que asume el Código Civil peruano es, como se ha advertido, dual, por cuanto se interpreta que el objeto del acto jurídico es la relación jurídica y el bien materia de la relación jurídica. Es de observar que, dentro de esta posición, en casos como los del otorgamiento de un testamento, el objeto del acto jurídico también sería el de creación de una situación jurídica, cual es la de heredero.

3. La "sobredimensionada" causa del negocio jurídico

> La causa es un elemento esencial del negocio jurídico que justifica la declaración de la voluntad y que, más allá de una abstracta función económico-social, tiene una función práctica individual, que es sometida por el ordenamiento jurídico a una suerte de filtro de licitud (se entiende, de los negocios jurídicos en concreto), que permite su protección por dicho ordenamiento normativo, así como ofrece una pauta importante para su interpretación.

Tiene la categoría de *autoritas* la doctrina (ya citada) que sostiene que "la causa o razón del negocio se identifica con la *función económico-social* del negocio entero, considerado, con independencia de la tutela jurídica, en la síntesis de sus elementos esenciales". El ordenamiento jurídico solo protege a la "función socialmente trascendente" —se sostiene— y no "al capricho individual", De ello se deriva que "la *licitud* sí es condición necesaria, pero no condición *suficiente* por sí sola para justificar el reconocimiento del Derecho. Según esta teoría, no deberían ser jurídicamente reconocidos, por ej. el contrato por el que uno prometa a otro una cantidad para que mantenga a su canario favorito, o para que venga a saludar cada mañana al promitente a la puerta de su casa. El negocio o contrato sería nulo (jurídicamente indiferente) en su totalidad; es decir, no solamente en cuanto a la obligación de pagar la cantidad prometida, sino también en cuanto a la obligación de mantener el canario, de hacer el saludo matinal, etc.

Por ello, frente a este criterio, si bien objetivo de la causa, basado en lo social y económicamente útil en clave "social", se alza el criterio objetivo de la "utilidad particular". Así, "puede suceder que tal utilidad no consista directamente en una utilidad social; puede limitarse a un interés socialmente plausible o normal del promisorio, teniendo en cuenta la relación de proporción con el daño que ocasiona a la sociedad la limitación impuesta por el promitente. Esta utilidad individual se resuelve en una utilidad social solamente en el sentido de que la sociedad tiene interés en la realización de los fines de todo individuo.

La doctrina nacional que más se ha ocupado del tema de la causa, afirma que esta "debe entenderse bajo la óptica de la noción de causa como función socialmente razonable y digna, y no en los términos de Betti como función socialmente útil". Por ello se sostiene que la causa tiene dos aspectos "el objetivo y el subjetivo. Bajo el aspecto objetivo la causa se define como la función jurídica en base a una función socialmente razonable. Pero es necesario también construir el aspecto subjetivo de la causa conformado por el propósito de las partes de obtener la función jurídica y también, de ser el caso, por el propósito de alcanzar una determinada función o finalidad concreta, en la medida que se trate de la base o razón única y determinante de la celebración del negocio jurídico", agregando que "el aspecto subjetivo nos permitirá descubrir si la causa es lícita o no y el aspecto objetivo si el negocio jurídico tiene una causa o no".

Frente a aquellos que pretenden entender a la causa como una abstracta e inmodificable función económico-social, en posición que comparto, se afirma que dicha posición "lleva a descuidar la realidad viva de todo contrato individualmente considerado, esto es, los intereses reales que en el caso concreto el contrato debe realizar más allá del modelo típico establecido". Incluso, "es bueno aclarar inmediatamente que no siempre existe el fundamento económico (en sentido estricto) de un negocio, ni, de todos modos, coincide siempre con el 'sentido' jurídico del mismo, o sea con su función práctica o razón justificativa (en sentido estricto)".

Concebir la causa de manera tan abstracta y tipificada tiene un primer inconveniente: si la causa es la función típica, cuando esta sea en general aprobada por el legislador que nombra y regula el correspondiente tipo contractual —venta, locación, contrato, etc.— derivaría la impensable consecuencia de que *los contratos legalmente típicos tienen siempre, por definición, causa lícita*; y que la posible ilicitud de la causa se refiere solo a los contratos innominados. Pero existe otro inconveniente: dejar fuera del horizonte de la causa todo lo que —con relación al particular contrato del cual concretamente se discute— excede las líneas estándar del tipo, e individualiza la específica operación perseguida, significa *empobrecer y inflexibilizar la consideración del contrato*, esterilizar elementos que en cambio merecen relevancia, y así impedir el más adecuado tratamiento de los supuestos de hecho.

Hoy se considera más adherente a las exigencias de una evolucionada teoría y disciplina del contrato concebir la causa como causa concreta: no como razón que abstractamente justifica todo contrato perteneciente al tipo del contrato examinado (intercambio entre cosa y precio, si se trata de venta); sino como *razón que concretamente justifica el particular contrato examinado*, a la luz de las especificidades relevantes que lo caracterizan.

Los **motivos**, entendidos como las razones particulares o personales del que declara la voluntad, son cosa bien distinta de la causa, entendida como justificación de la declaración de voluntad, tal como es interpretada por las partes de acuerdo a las coordenadas establecidas por el ordenamiento jurídico. Los motivos pueden quedar (incluso) inadvertidos por el destinatario de la declaración de voluntad. Si los motivos son determinantes de la declaración de la voluntad, y ellos son conocidos por la contraparte, o son comunes, nos encontramos frente a dos posibles interpretaciones:

- Se elevan a la categoría de la causa y se convierten en elementos esenciales del negocio, afectando su validez.
- Se asimilan a la categoría de la condición y se convierten en elementos accidentales del negocio, afectando su eficacia.

Una pauta interpretativa la tenemos en el artículo 205 del Código Civil, el cual establece que:

> "El error en el motivo sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte".

Es por ello que considero que la causa, más allá de una abstracta función económico-social, es la función individual práctica y opera como una suerte de filtro de licitud de los negocios jurídicos que justifica la declaración de la voluntad y que permite su protección por el ordenamiento normativo, así como ofrece una pauta importante para su interpretación. Es evidente que el concepto de licitud, entendido en un sentido material y no meramente formal, es fluctuante y va evolucionando (o involucionando) con la misma sociedad.

4. La formalidad

La forma es el medio a través del cual se exterioriza la voluntad (manifestada o declarada). La formalidad se configura por los particulares requisitos determinados por ley idóneos para la declaración de la voluntad.

Se afirma que "la forma es el vehículo mediante el cual la voluntad negocial se manifiesta o la figura exterior del acto que en la vida en relación no es reconocible para los otros sino a través de la misma forma", agregando que, en todo caso, negocio y forma son dos datos inescindibles y la forma no es otra cosa si no el modo con el cual el acto humano se exterioriza.

La clasificación de las formalidades que ha asumido el Código Civil es en función de las denominadas *ad solemnitatem* y *ad probationem*: La primera es un requisito para la validez del negocio jurídico, la segunda sirve a efectos de acreditar su existencia.

Una clásica doctrina ha establecido algunos criterios para determinar si nos encontramos frente a una formalidad *ad solemnitatem* o *ad probationem*:

- Cuando acompañen a la disposición las palabras *bajo pena de nulidad* u otras equivalentes conminatorias.
- Cuando la disposición esté redactada con fórmula prohibitiva de lo contrario; verbigracia, *no podrán otorgarse verbalmente*, o bien *no podrán otorgarse sin asistencia de Notario o de documento*.
- Cuando la disposición sea *imperativa* o *preceptiva*; ejemplo, *debe*, *deben*, *deberán constar por escrito o por instrumento público*, o contengan cualesquiera otras expresiones equivalentes para significar el precepto, y no se encuentre en el resto de la disposición alguna sanción diversa de la nulidad.

Calificada doctrina española señala las siguientes funciones de la formalidad:

- Obtener claridad en lo que concierne a las circunstancias de la conclusión de un negocio (v. gr., fecha) como a su contenido.
- Garantizar la prueba de su existencia.
- Tutelar a las partes previniéndolas contra precipitaciones y decisiones poco meditadas.
- Servir de vehículo para alcanzar una publicidad del negocio haciendo que sea reconocible por los terceros.
- Evitar en lo posible las nulidades negociales por la intervención de técnicos (el notario en la escritura pública, etc.).

Doctrina italiana distingue las **finalidades** o **funciones tradicionales** de la forma escrita, que serían: la seriedad del compromiso asumido por las partes, la certeza, la "univocidad" del negocio (en relación al tiempo, contenido y naturaleza del acto realizado); de la **finalidad o función moderna**, que sería la protección del contrayente débil.

Capítulo IV: La representación

El negocio de otorgamiento de poder es un acto jurídico unilateral de carácter recepticio por medio del cual una persona, denominada representado o *dominus* otorga facultades para que otra persona, denominada representante, actúe en su nombre e interés. Con la aceptación (expresa o tácita) del representante surge la relación jurídica representativa.

1. Brevísima reseña histórica

De esta manera, frente al "viejo principio romano", el cual admitía una serie de excepciones, surge el modelo jurídico en el que se establece "como regla general el hecho de que los negocios jurídicos pueden ser realizados por el representante, salvo aquellos que expresamente señale la ley, entre los que podemos citar el testamento".

2. El poder

Por poder se puede entender tanto la facultad otorgada por el representante al representado, como la situación jurídica en la cual se encuentra este último.

En este sentido, "el término "poder" asume el significado técnico de acto jurídico con el cual un sujeto confiere a otro la capacidad de representación. Por ello, "la doctrina absolutamente dominante coloca al poder en la categoría de los negocios unilaterales «de autorización que producen sus efectos apenas hayan sido puestos en conocimiento del destinatario, en virtud de los principios generales". Con el término "poder", también se hace referencia al documento que contiene el acto de apoderamiento.

Al acto del otorgamiento del poder, le sigue la aceptación, que también es un acto jurídico unilateral recepticio y que puede declararse expresa o tácitamente. Ahí nace la relación jurídica de representación. Como consecuencia de ello, "se configura una relación compleja en la cual el representante constituye el centro y que se proyecta, partiendo de este, en una doble dirección: hacia el representado (lado *interno*) y hacia el tercero (lado *externo*).

El término poder también se refiere a la posición jurídica del representante. No se trata de un derecho subjetivo, sino de un poder, entendido en un significado absolutamente neutro, indicando pura y simplemente, la legitimación del representante para actuar en cierto modo, que es el reflejo exterior del contenido del deber. Dentro de una relación de representación no cabe hablar de obligaciones, sino de deberes, ya que (a diferencia del mandato) no se trata de un contrato del cual derivan relaciones jurídico patrimoniales.

En lo que a formalidad se refiere, "se trata, en línea de máxima, de un negocio no solemne, que no tiene necesidad *ad substantiam* de revestir formas especiales, salvo en el caso en el que se debe crear la legitimación del representante para cumplir un negocio solemne". En consecuencia, "cuando no está prescrita ni siquiera la forma *ad probationem* la existencia de los poderes de representación y su contenido puede deducirse de hechos unívocos y concluyentes, en general, del comportamiento de las partes y por presunciones"

La excepción la encontramos en el artículo 156 del Código Civil, que precisa que:

> "Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad".

El artículo 155 Código Civil establece que:

> "El poder general sólo comprende los actos de administración. El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido".

En atención a ello, en cuanto a sus **alcances**, el poder puede clasificarse en:

- **Poder general**, se da "cuando confiere al representante el poder de cumplir todos los actos relativos a la gestión de los intereses patrimoniales del representado o a la gestión de una actividad determinada".
- **Poder especial**, se da "cuando confiere al representante el poder de realizar determinados actos jurídicos". El artículo 75 del Código Procesal Civil establece que el otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad".

Es importante destacar que "el poder especial no se limita a los actos de disposición. Mientras que la norma conecta el poder general a los actos de administración de manera expresa, no hace lo mismo para el caso del poder especial y los actos de disposición. Así por ejemplo, la contratación de un trabajador o la constitución de una empresa son actos que no representan una disminución del patrimonio, más requieren poder especial".

¿Qué se debe entender por actos de administración? Lo característico de estos es que están destinados a la conservación del patrimonio, en contraposición a los **actos de disposición**, que implican un sacrificio patrimonial relevante. Sin embargo, "la distinción entre actos de administración y actos de disposición no es científica, sino artificial, que no puede obedecer a reglas o cánones fijos, dado su carácter profundamente variable y hasta diríamos subjetivo. Se trata, pues, de una diferenciación de hecho y que por tanto debe apreciarse en cada caso concreto". En efecto, si estamos en un local abierto al público y compramos un chocolate a un dependiente, no obstante es una transmisión patrimonial, en el contexto —evidentemente— se trata de un acto de administración. Cosa distinta sería que se quisiera comprar el local comercial.

3. Naturaleza jurídica de la representación. Su autonomía conceptual

Las teorías que han afrontado esta problemática han sido las siguientes:

- **La teoría que niega a la representación el carácter de una institución general**, afirmándose que "en especial es imposible que el representado quede obligado por la voluntad del representante sobre la base de un negocio jurídico obligatorio".
- **La teoría del *dominus negotii***, en la cual la figura del representado se reduce a la de ser un simple mensajero o *nuntius*. Así, el representante solo es portador de la voluntad del representado y con ello es el mismo representado el que consiente el negocio representativo.
- **La teoría de la representación**, entendiendo que el representante sustituye al representado. De esta manera "el representante es quien en verdad actúa negocialmente, aunque los efectos jurídicos afecten al representado".
- **La teoría de la cooperación o de la mediación**, en la cual "el representante y el representado actúan conjuntamente en la representación, en la medida que esta descanse en el apoderamiento".

La posición que ha asumido el Código civil peruano es la de la teoría de la representación, por cuanto lo relevante es la voluntad del representante". En efecto, de otra manera, no se entendería el artículo 163 del Código Civil, ya que el acto jurídico sería anulable, si el vicio de la voluntad se presenta en la persona del representante. Caso distinto es, como lo establece el mismo numeral, si "el contenido del acto jurídico fuese total o parcialmente determinado, de modo previo, por el representado": ahí si es relevante su voluntad, por cuanto ya no nos encontramos frente a la figura del representante, sino a la de un mensajero o nuncio.

4. La representación y la relación de gestión

Un sector de la doctrina identifica la representación con el negocio de gestión. Por ello, se sostiene que "el representante es un cooperante el principal en las relaciones con terceros: el principal, en virtud de la relación de gestión (encargo), asegura su actuar, para el cumplimiento de uno o más negocios propios. Cuando el representante se presenta frente a los terceros como tal, no hace más que declarar que su actuar está al servicio de otro, él actúa para la ejecución del encargo recibido y, por consiguiente, con referencia a la relación de gestión que lo tiene vinculado al principal.

La actividad del agente, coordinada y orientada con el fin de obtener la conclusión de un negocio jurídico para el principal, debe ser considerada unitariamente. Esta puede ser en parte actividad material y aun constituir objeto de una relación de gestión a la cual puede acceder la representación, cuando culmine con un acto de voluntad del agente mismo, que represente el vértice y dé el tono a todo el conjunto. En definitiva, se puede decir que se tiene una relación de gestión verdadera y propia, cuando el agente pone a disposición del principal *la propia capacidad volitiva, para tratar y concluir uno o más negocios jurídicos en el interés de este*.

Un ejemplo sería el de un agente, desprovisto de representación, encargado de promover los negocios y no de concluirlos, sería un cooperador material.

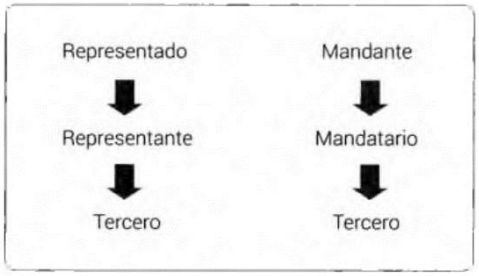
5. Diferencias de la representación con otras categorías afines

5.1. Con el mandato

Las diferencias entre mandato y representación son las siguientes:

- En el mandato tenemos un contrato (negocio jurídico bilateral) por medio del cual el mandatario actúa a nombre propio; pero en cuenta e interés del mandante. En el otorgamiento de poder estamos frente a un acto jurídico unilateral recepticio por el cual una persona, denominada representado otorga un poder a otra, denominada representante, para que actué a nombre de aquella.
- Los efectos jurídicos del mandato recaen en el mandatario, los de la representación en el representado.
- En el mandato nos encontramos frente a una relación jurídica patrimonial, en la representación en una relación jurídica no patrimonial.
- La responsabilidad civil del mandatario es contractual, la del representante es extracontractual ya que este, al aceptar el encargo, si bien se genera la relación jurídica representativa, esta no es de naturaleza obligacional, por ello, está compuesta por una serie de derechos y deberes.

Quizá este diseño sirva para ayudar a diferenciar a las partes intervinientes en estos negocios jurídicos:



5.2. Con la gestión de negocios

El artículo 1950 del Código Civil define a la gestión de negocios de la siguiente manera:

> "Quien careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de los negocios o la administración de los bienes de otro que lo ignora, debe desempeñarla en provecho de este".

Las diferencias que se pueden individualizar entre la gestión de negocios y la representación son las siguientes:

- En la gestión de negocios, el gestor actúa sin facultades de representación, incluso, el *dominus* puede ignorar esta situación. En la representación el representante actúa por autorización del representado.
- La gestión de negocios es fuente de obligaciones, tiene naturaleza patrimonial; la representación no.
- La gestión de negocios tiene que realizarse en "provecho" del *dominus*, la representación puede ser en interés no solo del representado, sino del representante e, incluso, de un tercero.
- La responsabilidad derivada de la gestión de negocios es contractual, la de la representación es extracontractual.

5.3. Con la sustitución

La hipótesis más importante de la sustitución es la denominada acción subrogatoria, que está regulada en el artículo 1219.4 del Código Civil, al establecer que es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

> "Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva".

La diferencia entre representación y sustitución consiste "en el hecho que, mientras el representante actúa en el interés del representado y para realizar un interés de él, el sustituto actúa en su propio interés para la realización de un interés ajeno; para el primero el cuidado del interés ajeno está contenido en un deber, para el segundo está, en cambio, sometido a su apreciación discrecional, dado que intervendrá solo si lo considera conveniente".

5.4. Con el nuncio o mensajero

El nuncio es un mero transmisor de la voluntad de una persona, carece de poderes de decisión. Por ello, "el indicio característico que normalmente permite reconocer la figura del nuncio, consiste en la simplicidad de la tarea confiada y en el hecho que este no tiene ninguna iniciativa para dar la forma a la declaración, ni ninguna libertad e apreciación acerca de la oportunidad de cumplir el negocio: no las tiene ni siquiera cuando haya recibido instrucciones alternativas en previsión de situaciones diversas en las cuales pueda encontrase, o que haya tenido libertad de elección dentro de una determinada órbita. De aquí el corolario lógico que no se requiere en el nuncio la capacidad legal de actuar respecto del acto en el cual coopera: de tal manera que puede fungir de nuncio también un incapaz". En este orden de ideas, se sostiene que "la discrecionalidad de contenido de la obligación de representante" lo distingue del *nuncius*.

6. Representación directa vs. representación indirecta o interposición gestoría

A propósito de la denominación "representación indirecta", se observa que "mientras en la denominada representación directa el interés del representado a hacer propios los efectos de un negocio realizado por otro sujeto se realiza directamente a través de la ejecución del encargo, en

las otras figuras, el interés del sustituto se realiza sucesivamente trámite la mediación del sustituido, vale decir, con un negocio de retransmisión de los efectos.

7. Tipos de Representación

7.1. Representación legal o necesaria

Frente a la representación voluntaria está aquella denominada legal, o como un sector de la doctrina prefiere denominar "necesaria" (calificando de elíptico y equívoco el *nomen iuris* de "legal"). En esta última se suele comprender a la representación de los padres, a la de las personas jurídicas, entre otros. Sin embargo, como veremos a continuación, esta posición no es pacífica e, incluso, hay quienes distinguen la representación necesaria de la legal.

7.1.1. Representación orgánica

Se habla de representación orgánica "con referencia a la hipótesis en la cual, un sujeto, inserto en la organización de una persona jurídica, está legitimado para manifestar al exterior la voluntad del ente y para cumplir con los terceros actos jurídicos vinculados por el mismo ente.

Por lo demás, ha de reconocérsele la naturaleza de representación, ya que el administrador ni es un simple *longa manus* de la persona jurídica, ni una parte inescindible de su organismo. Como persona, el administrador es un sujeto netamente distinto del ente, aun en el caso de que las funciones que haya de desempeñar en su seno no sean ocasionales, sino estables. Existe, por tanto, aquella suficiente separación entre sujeto agente y sujeto interesado [...] que permite acomodar las acciones del primero al esquema de la representación".

Agréguese a este dato el hecho que la representación de las personas jurídicas se califica como necesaria en cuanto el ente, como sujeto de derecho, puede desplegar su capacidad de ejercicio solo con el auxilio de personas físicas a quienes se les ha otorgado el poder de actuar en su nombre.

Se utiliza entonces el *nomen iuris* de "representación necesaria", dentro de la cual se encontrarían la representación legal de los denominados incapaces y la representación orgánica. Por consiguiente, se afirma, que 'la verdadera contraposición estaría dada entre la representación denominada necesaria, de la cual serían sub especies la representación legal y la orgánica, por un lado y, por el otro, la representación que deriva de la voluntad del sujeto, que puede proveer personalmente a la gestión de sus propios negocios, al ejercicio de los derechos y a la asunción de obligaciones; pero prefiere confiar a otro el poder de actuar en su nombre".

Como advirtiera en otra sede, si bien es cierto que se puede distinguir conceptualmente representación de órgano, puesto que en primer supuesto nos encontramos frente a una interposición del representante (entre el representado y el tercero) y en el órgano hay una ensimismación o "identidad subjetiva" entre el titular del órgano con la propia persona jurídica (lo cual lleva a decir a un sector de la doctrina nacional, que "los órganos, aunque estén provistos de poderes, no son representantes"), no debemos olvidar que a nivel de efectos y de responsabilidad civil se aplicarán las mismas reglas (artículo 93 del Código Civil).

7.1.2. Características de la representación legal o necesaria

Las notas características que distinguen la representación legal o necesaria de la representación voluntaria, son las siguientes:

- El representante legal, particularmente el del incapaz absoluto o del declarado ausente, no sustituye a la voluntad de su representado, puesto que (de ordinario) la ley no reconoce eficacia jurídica a esta voluntad.

- El representado no solo no puede conferir representación, sino que su capacidad jurídica debe canalizarse forzosamente por su representante.
- En la representación voluntaria el representado puede elegir al sujeto representante. No así en la legal, cuyo sujeto unas veces viene predeterminado y otras veces no.
- No parece que la figura de la ratificación sea posible en materia de representación legal.
- La representación legal tiene un marco de control ajeno al del propio representado.

7.1.3. ¿Se puede nombrar un representante legal en previsión de la propia incapacidad?

Antes de las reformas en la experiencia argentina y peruana, un atento sector de la doctrina, advirtiendo "que estamos asistiendo a una lamentable disgregación del núcleo familiar, cuestionaba que "si alguien puede designar tutor para sus hijos menores de edad para el caso de fallecimiento del disponente" [...] "y puede también, para la misma situación, designar curador para sus hijos mayores de edad" [...], "¿cómo no permitir a esa persona designar quién ha de ser su curador para el caso de su propia incapacidad?", La aplicación del argumento a fortiori es impecable.

En nuestro país, la **Ley N.° 29633, del 16 de diciembre del 2010**, ha incorporado el siguiente artículo:

> **Artículo 568-A.- Facultad para nombrar su propio curador***
>
> Toda persona adulta mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos por escritura pública con la presencia de dos (2) testigos, en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro, inscribiendo dicho acto en el Registro Personal de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp).
>
> El juez a cargo del proceso de interdicción recaba la certificación del registro, a efectos de verificar la existencia del nombramiento. La designación realizada por la propia persona vincula al juez.
>
> Asimismo, la persona adulta mayor puede disponer en qué personas no debe recaer tal designación. También puede establecer el alcance de las facultades que gozará quien sea nombrado como curador.

Por ello, no habría colisión de derecho alguno si una persona, en previsión de una futura restricción de la capacidad de ejercicio o discapacidad, nombre un representante o apoyo, respectivamente.

7.2. La representación voluntaria

Autorizada doctrina nacional afirma que la representación voluntaria tiene su origen y fundamento en la voluntad del representado, que confiere al representante facultad de actuación ante terceros —dentro de las atribuciones conferidas— en su nombre y con intención de que valga para el representado (si es representación directa), en su interés (aunque no exclusivo) y por su cuenta. Agregando que el representado no se desprende ni queda privado de su poder de actuación personal; antes bien, lo amplía al ceder voluntariamente todo o parte de este poder.

En efecto, "el orden normativo de las relaciones jurídicas creadas, reguladas o extinguidas por quien actúa con autorización de otro, recae directa o indirectamente sobre el *dominus*, según que el representante actúe *alieno nomine* (representación directa) o en nombre propio sin revelar el nombre de su representado (representación indirecta)". Las notas características de la **representación voluntaria directa** son:

- La actuación por cuenta y nombre ajenos (*alieno nomine agere*). Así, el artículo 164 del Código Civil prescribe que:

  "El representante está obligado a expresar en todos los actos que celebre que procede a nombre de su representado y, si fuere requerido, a acreditar sus facultades".

  Se precisa que más que una obligación, la norma establece un requisito para que la institución de la representación directa se materialice en la práctica. De no cumplirse ello, la actuación del representante pasa a ser en nombre propio.
- Efectos inmediatos, generalmente, pero no siempre directos, para el representado. Por ello, el artículo 160 del Código Civil regula lo siguiente:

  "El acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado".

- Carácter abstracto, en principio, para el tercero.

La regla es que el poder se otorga en **interés** del representado; pero también se puede otorgar poder en interés del representante o de un tercero. A le da poder a B para que venda sus bienes y se haga pago de su deuda con B (interés del representante), o que pague otra deuda (Interés del tercero).

Sobre la **abstracción causal del poder** se afirma que "lleva a la lógica consecuencia de que el apoderamiento es eficaz, aunque su causa no exista o sea falsa o ilícita. La causa —relación básica subyacente— puede no existir por no haber nacido, por ser ineficaz o por haberse extinguido. No obstante ello, el apoderamiento es eficaz. La segunda consecuencia importante de la doctrina es que aunque el apoderamiento viole las obligaciones derivadas de la relación causal no se produce extralimitación y por consiguiente su actuación es válida y eficaz siempre que no se traspasen los límites formales del poder. Se agrega que "es claro que una doctrina semejante facilita el tráfico jurídico, su movilidad y su rapidez. En el conflicto entre el interés del *dominus negotii* y el del tercero que contrata con su apoderado es preferido este último.

El privilegiar la situación externa del tercero de buena fe frente a la situación interna entre el representante y el representado es una problemática que no debe ser abordada por la denominada abstracción causal del poder, sino por el principio de la apariencia y el de seguridad del tráfico jurídico, entendido como que "busca que la adquisición deseada y tal como es deseada tenga lugar y no se frustre por circunstancias que son desconocidas al adquirente", como veremos al abordar la representación aparente. Por otro lado, como bien se advierte, no se debe confundir la autonomía del poder con "la abstracción (como comúnmente suele denominar la doctrina a esta característica), entendida esta en oposición al negocio causal, pues es evidente que el poder es un negocio jurídico causal".

8. Capacidad del representante y del representado

Así, se sostiene que "cuando la representación no fuera legal sino conferida por el propio interesado, para la validez del acto jurídico que celebre el representante con terceros, basta que el representante tenga capacidad de entender y de querer, tenida en cuenta la naturaleza y contenido del acto, siempre que el representante sea legalmente capaz". Se agrega que "si algunas disposiciones (arts. 455, 457 y 1358 del Código Civil), autorizan al menor a realizar ciertos actos o negocios para sí, con mayor razón cabe que los haga para terceros, bajo responsabilidad de ellos". Evidentemente, si se trata de un mandato, "se requerirá para el mandatario la capacidad que se exige para todo contrato". En buena cuenta, solo se requerirá discernimiento del representante para aquellos actos que este puede ejercer por sí mismo, bajo tal requisito.

9. Pluralidad de representantes

El artículo 147 del Código Civil regula que:

> "Cuando son varios los representantes se presume que lo son indistintamente, salvo que expresamente se establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes".

Es importante delimitar los siguientes supuestos:

- **La representación conjunta**, que es la simultánea y todos los representados deben de actuar de común acuerdo. Se trata de un solo poder.
- **La representación sucesiva** significa que uno de los representantes deberá actuar después de otro. Podría ser el caso que A faculta a B para que lo represente en el saneamiento legal de su casa, después a C para que la venda y a D para que lo represente en la escritura de compraventa.
- **La representación para actos diferentes**, se trata de actos independientes entre sí y pueden ser otorgados en el mismo documento. Podría tomarse como ejemplo que A faculta a B para que venda su casa, a C para comprar un automóvil y a D para que otorgue en garantía su yate.
- **La representación indistinta o disyuntiva**, en la cual "tenemos dos relaciones jurídicas autónomas; pero coexistentes". Ejemplo: faculto a A y B para que vendan mi casa.

La presunción que opera en el artículo 147 del Código Civil es que, a falta de indicación expresa, se entiende que la representación plural es indistinta. **¿Cómo solucionar el supuesto de la celebración de actos jurídicos paralelos?** Una clásica doctrina explica este problema de la siguiente forma: "un aspecto muy importante en la doctrina de la representación voluntaria, olvidado por la mayor parte de los autores, es el problema que surge cuando representado y representante actúen separadamente, realizando para el mismo objeto negocios entre sí contradictorios. Puede ocurrir que el representado sin haber revocado el mandato, realice el negocio que debía ser realizado por el representante y que lo realice de modo diferente a como lo realizó el representante. Vende, por ejemplo, la misma cosa a una persona diversa, o la vende a la misma persona a quien la ha ofrecido el representante, pero a un precio mayor o menor. ¿Cuál de ambos actos prevalecerá? ¿Cuáles serán los efectos y las responsabilidades del representado y del representante entre sí o de entrambos con relación a los terceros?". La doctrina que vengo siguiendo propone los siguientes principios: "la representación no despoja al representado de la facultad de realizar por sí el negocio que debe realizar el representante; las voluntades del representado y del representante deben ser consideradas como una sola, o sea como la voluntad del primero; por regla general, el negocio primeramente perfeccionado es el que tendrá eficacia; el otro no puede tenerla porque se ha agotado ya el objeto; el vínculo contraído con el tercero por uno o por otro, contrastando con la situación creada por el primer negocio, originará responsabilidad normalmente del representado, eventualmente del representante, si hubo culpa o error inexcusable; en general, deberá recurrirse a los principios del error". **¿Y si se trata de negocios contemporáneos?** Doctrina nacional propone que los actos celebrados de manera simultánea "son nulos por ser contradictorios entre sí".

El artículo 148 del Código Civil recita que:

> "Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común".

Según este enunciado legislativo, existe **responsabilidad solidaria** cuando hay un supuesto de representación plural conjunta", cuando el poder se haya otorgado por acto único (y con ello no

hay que entender “un único documento”). El problema se presenta en qué debemos entender por “objeto de interés común”.

En efecto, como fuera inteligentemente advertido, “cuando la norma se refiere a un objeto de interés común, lo que en realidad ha hecho es utilizar una terminología que es propia de la doctrina para referirse a la representación colectiva activa, mas no para la representación colectiva pasiva”, En verdad, acá el legislador cometió un error". No se olvide que la *ratio* de este enunciado es el de responsabilizar solidariamente a los representantes que actúan conjuntamente frente al representado. En verdad, es irrelevante si el “interés”, entendido como “fin” o “propósito” era común a los representados, o entre estos y el representante. Si lo entendemos como el “acto” ello haría que este supuesto sea perfectamente aplicable a la representación conjunta.

10. La relación jurídica representativa

> La relación jurídica representativa es el vínculo existente en las situaciones de representante y representado, de la cual se derivan una serie de derechos, deberes y cargas.

Estoy de acuerdo cuando se sostiene que “el Código Civil no ha precisado en el tratamiento de la representación los derechos y los deberes inherentes a la relación representativa, lo que sí hace en relación al contrato de mandato enumerando las obligaciones, por lo que aun cuando la representación es una figura típica y distinta del mandato, consideramos que por analogía resultan de aplicación las disposiciones del artículo 1793, que enumera las obligaciones del mandatario, y del artículo 1796, que enumera las del mandante”. Evidentemente, pueden surgir otros derechos y deberes diversos de los artículos antes mencionados.

El artículo 1793 del Código Civil prescribe que:

> “El mandatario está obligado:
>
> 1. A practicar personalmente, salvo disposición distinta, los actos comprendidos en el mandato y sujetarse a las instrucciones del mandante.
>
> 2. A comunicar sin retardo al mandante la ejecución del mandato.
>
> 3. A rendir cuentas de su actuación en la oportunidad fijada o cuando lo exija el mandante”.

No obstante en materia de mandato se hable de “obligaciones”, debemos recordar el carácter no patrimonial de la representación, en consecuencia nos encontramos frente a los deberes de ejercitar personalmente la representación y a los deberes de información, en línea de principio. El artículo 164 del Código Civil norma que:

> “El representante está obligado a expresar en todos los actos que celebre que procede a nombre de su representado y, si fuere requerido, a acreditar sus facultades”.

Como puede observarse, el legislador cometió un error al emplear el término “obligado” en este supuesto. Se debe tener en cuenta además que, en atención al artículo 167 del Código Civil:

> “Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:
>
> 1. Disponer de ellos o gravarlos.

2. Celebrar transacciones.

3. Celebrar compromiso arbitral.

4 Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial".

Para individualizar los deberes de representado, procedería la aplicación analógica del artículo 1796 del Código Civil, que prescribe:

"El mandante está obligado frente al mandatario:

1. A facilitarle los medios necesarios para la ejecución del mandato y para el cumplimiento de las obligaciones que a tal fin haya contraído, salvo pacto distinto.

2. A pagarle la retribución que le corresponda y a hacerle provisión de ella según los usos.

3. A reembolsarle los gastos efectuados para el desempeño del mandato, con los intereses legales desde el día en que fueron efectuados.

4. A indemnizarle los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del mandato".

Técnicamente, el supuesto regulado en el artículo 1796.1 del Código Civil es una carga (entendida como una situación jurídica dependiente de un derecho, destinada a obtener un resultado favorable) y no una obligación.

11. Efectos de la representación

Las reglas básicas en materia de representación son las siguientes:

- Si el representante actúa en ejercicio de sus facultades, el acto es eficaz con respecto al representado (artículo 160 del Código Civil).
- Si el representante se excede en el ejercicio de sus facultades, actúa como tal sin serlo o viola dichas facultades, el acto es ineficaz con respecto al representado (artículo 161 del Código Civil).

En mi opinión y esto es aplicable también para el modelo peruano, el negocio con falta, en exceso o con abuso de poder es *sic et simpliciter* ineficaz y puede, como no, ser ratificado. No cabe su calificación como *in itinere*, ni sometido a condición alguna ni, mucho menos, entender que existe el deber de subsanarlo. En atención a ello, se sostiene que "el discurso está estrictamente ligado a la función que se quiere atribuir a la ratificación que, en la consideración de la doctrina y también a nivel de orientaciones de la jurisprudencia, ha sido siempre entendida como un negocio dotado de cierta autonomía, al igual que el poder, prescindiendo del hecho que sea interpretado un evento deducido en condición o un elemento que perfecciona un negocio in itinere".

El artículo 161 del Código Civil individualiza tres supuestos:

- **Exceso de facultades**, se configura cuando, habiendo una relación jurídica representativa, el representante se extralimita, va más allá del ámbito de actuación conferido por el representado. Puede ser tanto en perjuicio o en beneficio del *dominus*. Este supuesto tiene que ser diferenciado de la **actuación ultra vires del representante**: en este caso, que se da en el ámbito de la denominada representación orgánica, el representante (actuando dentro del ejercicio de sus funciones) va más allá del objeto

social de la persona jurídica representada. A diferencia del artículo 161, el acto tiene eficacia respecto del tercero de buena fe (artículo 12 de la Ley General de Sociedades, N.° 26887, del 9 de diciembre de 1997).

- **Falsa representación**, en este caso no existe la relación jurídica de representación.
- **Violación de facultades**, este supuesto también es denominado en la doctrina como **abuso en la representación**, el cual "presupone que la actividad del representante aparezca exteriormente conforme al contenido de su efectiva legitimación, persiguiendo en concreto, no obstante, fines e intereses incompatibles (en todo o en parte) con aquellos del representado. En este caso, no existe ninguna posibilidad de confundir exceso de representación, que es el exceso de los límites de la legitimación y abuso, que implica la desviación de esta de sus fines sustanciales". Dentro del mismo se encontraría, por ejemplo, el negocio jurídico celebrado por el representante en manifiesto conflicto de intereses con el representado, como sería el caso en el cual (habiendo estado facultado para vender un bien del representado) el representante se lo venda a un familiar suyo o lo haga a un precio notoriamente inferior al del mercado.

La doctrina nacional entiende el supuesto de violación de facultades en atención al "interés del representado" o en el sentido que "con la aplicación a la letra del poder, se vulnera su espíritu". Otro sector, siguiendo los modelos dogmáticos italianos, entiende que se trata de las siguientes hipótesis:

- Cuando el representante actúa en conflicto de intereses con el representado.
- Cuando el representante lesiona el interés del representado.
- Cuando se aleja de las instrucciones (que no es lo mismo que facultades) impartidas por el representado. Se sostiene que mientras la facultad consiste en qué es aquello que el representante puede hacer, las instrucciones indican cómo es que el representante debe actuar.

Comparto plenamente que se configura la violación de facultades en los dos primeros supuestos. En verdad, me cuesta entender la diferencia del tercero con el de exceso de las funciones. Una atenta doctrina nacional explica que "las facultades otorgadas están directamente enlazadas al representado y al interés que tiene este en la realización de actos dentro de la órbita de dichas facultades. Cuando el representante ejerce las facultades no en pos del interés del representado, sino en dirección hacia cualquier otra finalidad, las facultades están siendo violadas".

Es importante tener presente que en todos los supuestos contenidos en el artículo 161 del Código Civil, "el acto jurídico final o representativo cuenta con ineficacia relativa, es decir, será plenamente eficaz entre el representante y el tercero, mientras que será ineficaz solamente frente al representado".

¿Cuándo prescribe la pretensión de ineficacia ex artículo 161 del Código Civil? Si se puede decir algo predecible de la Corte Suprema es que nunca deja de sorprender.

En mi opinión, la decisión de ambas casaciones es inadmisible[7]. Con razón, se sostiene que: "el derecho de solicitar la ineficacia en sentido estricto —como el caso del artículo 161 del Código Civil— es imprescriptible. La ley no ha establecido un plazo determinado para pedir la ineficacia en sentido estricto de un contrato existente y válido y, por lo tanto, no cabe interpretar ni extensiva ni restringidamente el artículo 2001 del Código Civil".

De esta reseña doctrinaria y jurisprudencial podemos concluir que:

[7] Antes el profesor analiza dos casaciones sobre la prescripción de la pretensión de ineficacia del art. 161. Si gustan leerlas, se hayan entre las páginas 223-226.

- No hay disposición legal alguna que establezca un plazo prescriptorio para solicitar la declaración de ineficacia de los actos ex artículo 161 del Código Civil.
- Solo se regula la ineficacia de la denominada acción pauliana o revocatoria, que es de dos años (ex artículo 2001.4 del Código Civil). Al ser un dispositivo que establece una sanción (extinción de la acción —para ser fieles al lenguaje del Código Civil—), no cabe la aplicación de la analogía (artículo IV del título preliminar del Código Civil).
- Los plazos prescriptorios no se interpretan, deben (mandato imperativo) estar tipificados ex lege (artículo 2000 del Código Civil).
- El criterio de la mayor o menor gravedad no resiste al análisis: téngase en cuenta que la acción de nulidad del matrimonio es imprescriptible (artículo 276 del Código Civil).
- Al no haberse fijado **legislativamente** un plazo prescriptorio para solicitar la declaración de ineficacia de los actos ex artículo 161 del Código Civil, se entenderá que es imprescriptible.
- La declaración de ineficacia no puede afectar los derechos adquiridos por terceros de buena fe a título oneroso. Por ejemplo, el caso de la representación aparente ex artículo 152 del Código Civil.

12. Patologías en el actuar jurídicamente del representante y la responsabilidad civil derivada de las mismas[8]

13. La ratificación

> La ratificación es un acto jurídico unilateral recepticio con el cual se subsana un acto ineficaz.

Doctrina nacional entiende que la ratificación es un negocio jurídico "que deriva de una declaración de voluntad unilateral —y que no requiere la aceptación de una tercera persona— por el cual alguien consiente en asumir la posición jurídica y los derechos u obligaciones que a dicha posición correspondan y que un tercero hubiera creado para él declarando ante otra persona que actuaba en su nombre y representación". En mi opinión (no debiéndose olvidar que la ratificación en la representación no se agota en el supuesto del *falsus procurator*, sino también tenemos el de exceso y el de abuso de la representación) la ratificación es un negocio autónomo que tiene como efecto integrar (o subsanar) un acto ineficaz. En posición que comparto, la eficacia de este negocio se rige por el artículo 1374 del Código Civil, el cual establece que:

> "La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.
>
> Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo".

Los caracteres de la ratificación son los siguientes:

- Recepticia.
- Unilateral.
- La forma es aquella exigida por el negocio principal.
- Puede ser tácita.
- No tiene plazo para su ejercicio.
- Tiene efectos retroactivos.

[8] El ítem versa de análisis de casos, razón por la que decidí omitirlo.

El modelo peruano habla de la **resolución del acto** (y el italiano de la disolución) **antes de la ratificación**. El modelo peruano le da esa facultad al tercero y al que hubiese actuado como representante, el italiano también y agrega que deberá actuar "de acuerdo". Ello en la medida que se entiende que el tercero no podría actuar unilateralmente. En efecto, la posición del tercero no es de tutelarse incluso en la hipótesis en la cual no hubiera conocido el defecto de la representación, porque, en el caso de ratificación, no sufrirá ningún daño, en cuanto había entendido de buena fe que estaba contratando con el *dominus* y, en caso de falta de ratificación, podrá obtener el resarcimiento de los daños por parte del *falsus procurator*. Por otra parte, si tiene conocimiento de la situación real y es cómplice del falso representante no merece tutela. Es en este sentido que debe interpretarse el modelo peruano, ambos (tercero y quien hubiese actuado como representante) deben actuar conjuntamente, situación que ha sido denominada por un sector de la doctrina nacional como "mutuo disenso".

En cuanto a la forma, si bien el enunciado legislativo establece que debe seguirse la misma del negocio prescrita para su celebración, cuando la forma del contrato que se debe ratificar es libre, la ratificación sobre la base de una orientación (jurisprudencial italiana) consolidada, también puede ser tácita, es decir, deducirse de actos concluyentes, tales de implicar necesariamente la voluntad del *dominus* de apropiarse de los efectos del contrato representativos.

Se debe diferenciar la ratificación de la confirmación (esta última se encuentra regulada en el artículo 230 del Código Civil). Si bien, en ambos casos se subsanan patologías o irregularidades de los actos jurídicos, en la primera se trata de actos ineficaces y en la segunda de actos anulables. Es decir, una se refiere a la eficacia y la segunda a la validez. La distinción se da en atención a las siguientes consideraciones:

- Antes de la ratificación, el negocio no tiene eficacia respecto del representado. En la confirmación, se convalida un negocio que realmente vincula a las partes intervinientes.
- La confirmación versa sobre negocios inválidos y eficaces, susceptibles de ser anulados. Antes de la ratificación, nos encontramos frente a un acto ineficaz.
- La confirmación es, generalmente, producto de la misma voluntad que intervino, padeciendo vicio o incapacidad, en el negocio irregular. La ratificación es el acto de una persona que en absoluto intervino en la celebración del negocio.
- Antes de la ratificación, el tercero y el representante pueden extinguir la relación jurídica creada, "en caso de anulabilidad la parte no legitimada para solicitar la anulación no puede provocar directamente la ineficacia definitiva del negocio".
- En la ratificación, el interesado hace suyo el acto realizado por otra persona; en la confirmación el confirmante subsana un acto en el cual el mismo ha declarado una voluntad viciada.

14. La revocación

> La revocación es el acto jurídico unilateral recepticio, por medio del cual el representado extingue la relación jurídica con el representante. Puede ser expresa o tácita.
>
> Para que sea oponible a terceros hay que inscribir la revocación en el Registro de Mandatos y Poderes o comunicarles esta situación.

El artículo 149 del Código Civil establece que "el poder puede ser revocado en cualquier momento". Doctrina nacional sostiene que "la revocación de poder, al igual que su concesión, es un acto jurídico unilateral y recepticio. En orden a esto, su eficacia queda supeditada a que la decisión y ejecución de la revocación del poder sean puestas en conocimiento no solo del apoderado, sino de los terceros que pudieran tener noticia de la existencia de la representación".

También se sostiene que es "un poder de extinción o de cancelación de negocios jurídicos unilaterales". En esta línea, se la define como "la extinción del poder por la voluntad del representado. Aquí, la revocación se funda en que, por regla general, el poder es conferido solo para la persecución del interés del representado".

Un sector de la doctrina nacional distingue la revocación del des**istimiento o apartamiento del contrato** (*recesso*). Así, el desistimiento es el poder de dejar sin efecto un contrato mediante la manifestación de voluntad de una sola de las partes o de ambas si se ha previsto o se ha regulado de esa manera. En cambio, la revocación es un poder que "incide directamente sobre un acto precedente, provocando su eliminación". Un supuesto de desistimiento lo tenemos en el artículo 1365 del Código Civil".

En lo que a formalidad se refiere, "es opinión común que la forma sea libre y que se considere válida la revocación tácita o aquella deducible de un comportamiento no equívoco y también si el poder ha sido conferido mediante acto formal y se refiera a un acto para el cual haya sido prevista una forma solemne".

La revocación y la renuncia "son expresión de un mismo derecho" que la ley le reconoce al representante y al representado, "es decir, el derecho potestativo de apartamiento (*recesso*), que le permite a cada uno de poner fin a la relación con una manifestación unilateral de voluntad, de la cual, el otro no puede hacer más que tomar conocimiento y asumir los efectos".

La revocación no tiene necesidad de formas particulares y puede producirse tácitamente, con el cumplimiento del negocio previsto por obra del mismo interesado.

¿Es relevante que la revocación sea justificada? Acertadamente se afirma que "naturalmente una revocación injustificada, o sea carente de una justa causa, importa igualmente el efecto extintivo de la representación e implica solo la responsabilidad por los eventuales daños a cargo del representado. Lo que equivale a decir, como la doctrina ya lo ha señalado, que el interés del representante al mantenimiento de la relación goza de una tutela condicionada y subordinada a la evaluación discrecional del interés propio del otro sujeto de la relación, es decir, del representado, que es considerado, por el legislador, prevaleciente".

En el caso de la **representación colectiva activa**, el artículo 150 del Código Civil prescribe que:

> "La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos".

Se afirma que "el poder colectivo, es decir, el poder otorgado por varias personas en un acto único y para un negocio en común, no puede ser revocado separadamente por cada representado, salvo que haya justa causa". Es importante advertir, como lo hace un sector de la doctrina nacional que "la norma no impide pacto en contrario". ¿Qué significa "para un **objeto de interés común**"?, en opinión que comparto, "el objeto del negocio que será realizado por el representante debe ser de interés común, es decir no solo de interés del representado individualmente considerado, sino del conjunto de ellos. Sería el caso de los copropietarios que otorguen el poder a una persona.

Una atenta doctrina nacional individualiza los siguientes supuestos en el caso el representante designe un nuevo representado:

- Cuando el representante anterior tenía facultades generales, la designación de un representante posterior con facultades especiales no determina la revocación total del poder del representante anterior.
- Cuando el representante anterior tenía facultades especiales para la realización de un acto, la designación de un representante posterior a quien se le otorga alguna de esas facultades

determina que se revoque el primer poder solo respecto de las facultades dadas al nuevo representante.
- Cuando al nuevo representante se le otorga la misma facultad para la realización de un acto, que aquella que se confirió al anterior, entonces se entenderá que se ha producido la revocación del primer poder, salvo que se indique lo contrario, en cuyo caso se configura un caso de pluralidad de representantes.

15. La irrevocabilidad del poder

La irrevocabilidad "no implica imposibilidad de ejercicio del representado". La irrevocabilidad es la "prohibición, dentro de ciertos límites, de privar de facultades representativas. Pero una cosa es privación de facultades del representante para que este pueda hacer, y otra muy distinta es que el representado quede impedido de hacer por sí mismo aquello para lo cual, precisamente, había otorgado poderes".

El artículo 153 del Código Civil prescribe que:

> "El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero. El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año".

Debemos de partir de la premisa que, por el hecho de otorgar un poder (incluso "irrevocable"), el *dominus* no se sustrae de ejercer por sí mismo su derecho, incluso, nombrar a otro representante: Evidentemente, si esto ocasiona daños al representante o al tercero, dicho *dominus* deberá asumir los costos de su decisión. Por ello, con razón, se afirma que "el poder irrevocable que regula el Código Civil peruano no es uno que impida al representado poner fin al mismo a través de su declaración de voluntad".

A propósito del plazo del poder irrevocable, delimitado en el artículo 153 del Código Civil, se pueden desprender dos interpretaciones:

- El carácter irrevocable del poder no puede ser mayor de un año; pero el poder subsiste con la calidad de revocable.
- El poder irrevocable se extingue después de un año.

La doctrina nacional estima que el poder irrevocable sí puede ser revocado. Ya en la exposición de motivos al artículo 153 del Código Civil se explicaba que "por regla general, siempre es posible la revocación, aun cuando el poder haya sido otorgado con carácter irrevocable, pues nada debe constreñir al representado, si no quiere, que otro celebre actos jurídicos por él. Habrá lugar, eso sí, al resarcimiento de los daños y perjuicios si la revocación se los infiere al representante". En este sentido se afirma que "la irrevocabilidad nunca es absoluta (incumplimiento de representante, abuso o mala fe, etc.) y la confianza o fe que juzgue el *dominus* es asunto privado que no hay razón para restringir en exceso".

En mi opinión, deberíamos de hacer el siguiente análisis:

- Si bien es cierto que el poder es un acto jurídico unilateral recepticio, la irrevocabilidad es un pacto (en el sentido de acuerdo) que tendrá que ser celebrado necesariamente con el representante o un tercero.
- El pacto solo tiene sentido si estamos en un supuesto de mandato con representación; pero también cuando se realiza en interés del representante o del tercero, en el caso que haya —por ejemplo— una relación contractual con el poderdante en el cual este es el deudor de uno de estos (o de ambos).

- En este orden de ideas, no se entiende la razón por la cual se tiene que realizar este pacto de irrevocabilidad cuando se otorga el poder para un acto especial o por un plazo determinado".
- Si tomamos como paradigma la representación en el contrato de compraventa. Al celebrar este pacto nos encontramos frente al derecho subjetivo que tiene el *dominus* sobre el bien y el legítimo interés que le corresponde al representante o al tercero a que el representado respete este acuerdo surgido en el mandato con representación creado.
- ¿Por qué se afirma que existe un legítimo interés y no un derecho? El representado es quien detenta la titularidad y la plena disposición sobre su derecho y estas no puede ser desconocidas, ni siquiera en este supuesto. Entender lo contrario, contravendría el artículo 882 del Código Civil, el cual sanciona imperativamente la prohibición de enajenar o gravar (evidentemente, salvo que la ley lo permita).
- Así, el representado (si bien no debería) puede incumplir el pacto de irrevocabilidad; pero ello no implicaría ninguna invalidez ni ineficacia del acto. Simplemente —como ya se advirtió— una indemnización por responsabilidad civil frente al representante o al tercero, siempre y cuando se verifiquen daños y el nexo causal.

16. Otros supuestos de extinción de la representación

Salvo el caso de la revocación, no contamos con un artículo específico que regule estos supuestos. Por ello, dada la semejanza con el contrato del mandato, cabe la aplicación, en vía analógica de los artículos 1801 a 1805 del Código Civil. De tal manera:

- La representación se extingue por ejecución total del poder (entendido como el acto o la serie de actos que estaba facultado a realizar el representante), vencimiento del plazo y muerte, interdicción o inhabilitación del representante o del representado (artículo 1801 del Código Civil).
- Son válidos los actos que el representante realiza antes de conocer la extinción de la representación (artículo 1802 del Código Civil).
- Si el poder ha sido otorgado también en interés del representante o de un tercero, la muerte, interdicción o inhabilitación del representado no extinguen el poder (artículo 1803 del Código Civil).
- Existe el deber de información para con el representado, por parte de los herederos o de quien represente o asista al representante, de la muerte, interdicción o inhabilitación de este, así como de tomar las providencias exigidas por las circunstancias (artículo 1804 del Código Civil).
- Si se trata del supuesto de pluralidad de representantes que tienen que actuar conjuntamente, el poder se extingue para todos aun cuando la causa de extinción se refiera solo a uno de ellos, salvo pacto diverso (artículo 1805 del Código Civil).

17. La representación aparente

> La representación aparente es aquella que se configura cuando no obstante la situación real es la de una ausencia (sea por revocación o muerte) o modificación de la representación, frente al tercero de buena fe, la representación (o la representación original) es válida. Por tal motivo, no cabe oponerle la situación real.

El artículo 152 del Código Civil prescribe que:

> "La revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico. La revocación comunicada sólo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que esta

haya sido inscrita. Quedan a salvo los derechos del representado contra el representante".

Si bien es cierto que la regla es que cuando el poder es ejercitado en exceso de facultades (o abuso, o en el caso de la falsa representación), el acto es ineficaz, en el caso que el tercero de buena fe desconozca razonablemente de la revocación (o de la modificación) del poder, dicha situación no le puede ser opuesta. Por ello, "estamos en presencia de una hipótesis legislativamente reconocida de representación aparente de la cual la jurisprudencia ha argumentado la existencia de un principio general", a la cual también se le llama "ultraactividad del poder". Sin embargo, es bueno precisar que este supuesto no se podría aplicar en la representación legal, dado que, entre otras consideraciones, ahí se tiene que proteger al sujeto débil.

De esto se deriva que el representado tiene la "carga" de comunicar esta situación a cuantos intervengan o estén interesados en el acto jurídico. Evidentemente, la mejor manera de dar publicidad a este hecho es la inscripción en el Registro de Mandatos y Poderes de la modificación o de la revocación ya que, de acuerdo al artículo 2012 del Código Civil, operaría la presunción *iuris et de iure* del conocimiento por los terceros.

Debe tenerse en cuenta que el principio de inoponibilidad de la revocación del poder a los terceros de buena fe también debe aplicarse en el caso de la **modificación del poder**, vale decir, cuando este se ha ampliado o reducido. Evidentemente, tendrá efectos respecto del representante, cuando tenga conocimiento de dicha ampliación o modificación. El fundamento será el mismo: seguridad de tráfico para con los terceros y respeto de la autonomía privada y del interés del *dominus*, con respecto a la relación interna. Siempre, en atención al artículo 2012 del Código Civil, la mejor manera de proteger al representado es la inscripción de su decisión en el Registro de Mandatos y Poderes.

18. La representación tolerada

> La representación tolerada es aquella que genera el *dominus* con su comportamiento frente a los terceros, al interponer entre estos y aquel a una persona que actúe como representante para la realización de determinados actos jurídicos. Generalmente se da en los locales abiertos al público y, en atención al principio de seguridad de tráfico, se presume *iuris et de iure* —frente a terceros— la representación.

En mi opinión, la representación tolerada es un supuesto diferente al de la representación aparente, por cuanto, si en aras de la seguridad de tráfico, se presume como representante al dependiente, ello es por una situación que permite el *dominus* y que, adicionalmente, lo beneficia. En efecto, el artículo 165 del Código Civil regula que:

"Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos".

La presunción de representación del dependiente en los locales abiertos al público tiene el carácter *iuris et de iure*, vale decir, no admite prueba en contrario. No hacer esta interpretación generaría inseguridad en las relaciones jurídicas. En atención a ello, el representante-dependiente, frente a su representado-principal, es un tercero, siendo de aplicación, en este caso, el artículo 1325 del Código Civil. Si un operario en una construcción, por descuido, deja caer un ladrillo y lesiona a un transeúnte, responderán solidariamente el dependiente y el empleador-persona jurídica (ex artículo 1981 del Código Civil).

19. Vicios de voluntad y estados subjetivos relevantes

El artículo 163 del Código Civil:

> "El acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada. Pero cuando el contenido del acto jurídico fuese total o parcialmente determinado, de modo previo, por el representado, el acto es anulable solamente si la voluntad de éste fuere viciada respecto de dicho contenido".

El modelo jurídico adoptado por el artículo 163 del Código Civil pone en evidencia que la posición que ha asumido el Código Civil es la de la relevancia de la voluntad del representante, caso contrario no se entendería por qué la misma afectaría la validez del acto. En este sentido, quien afirma que "cuando el legislador estipula que los vicios en la voluntad del representante derivan en la anulabilidad del negocio, está reconociendo que la voluntad relevante es la del representante; cuando este actúa, es su voluntad la que constituye los negocios cuyos efectos recaerán en la esfera del representado".

Doctrina nacional afirma que esta disposición se puede aplicar analógicamente a la representación legal". Asimismo, "si el representado ha actuado de mala fe o ignoraba lo que estaba obligado a conocer, obviamente debe asumir las consecuencias del negocio si instruyó al representante para celebrarlo". Del texto del artículo 163 del Código Civil se desprende que:

- Si el contenido del acto jurídico ha sido predeterminado por el *dominus* se tiene en cuenta su voluntad, no la del representante (ya que este no actúa como tal, sino como un nuncio).
- Sino es así, es relevante la voluntad del representante.
- En el caso de representación conjunta, la regla es que las voluntades de todos los representantes sean expresadas sin vicios.

Se sostiene, en posición que comparto que, "tratándose de representantes que deben actuar conjuntamente (artículo 147) y sin que valga la declaración de uno solo de ellos, habrá que analizar los estados subjetivos de todos. Así, por ejemplo, si uno de ellos sabía o debía saber que el negocio se celebraba en fraude de acreedores no podrá alegarse, para salvar el negocio de ineficacia, la ignorancia o buena fe de otro de ellos".

20. Negocio consigo mismo

El negocio consigo mismo es la manifestación de voluntad de una persona que, al ser representante, hace que pueda asumir la posición jurídica de dos partes. Por tal motivo se configura una presunción relativa de la existencia de un conflicto de intereses entre representante y representado.

El artículo 166 del Código Civil:

> "Es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses".

Como se advirtió, en este negocio jurídico existe solamente una declaración de voluntad, a la cual le conceden efectos jurídicos contractuales. Doctrina nacional afirma que "es un negocio jurídico que deriva de una sola declaración de voluntad y que surte efectos en dos esferas jurídicas distintas y conceptualmente independientes, pero que actúan a través de esta única declaración que, cuando tiene carácter patrimonial, la relación jurídica que crea (modifica o extingue) es, en lo atinente a sus consecuencias, como la que nace de un contrato". Se pueden presentar las siguientes situaciones:

- Un acto celebrado en representación (de otro) consigo mismo.

- Un acto celebrado por un mismo representante de dos representados
  Dado que es un supuesto de abuso de la representación, se presume *iuris tantum* el conflicto de intereses, salvo que dicha actuación esté permitida:
- Por ley.
- Autorización específica del representado, que puede ser expresa o tácita.
- Exclusión de un conflicto de intereses.

Al ser un acto atacado de invalidez por anulabilidad, tiene legitimidad para obrar pasiva cualquiera de los representados. En este sentido, se aprecia que "la sanción no es la nulidad, sino solo la anulabilidad. Y es que los supuestos de conflicto de interés implican, según vimos, en un apartamiento del interés del sujeto representado. Esto constituye un vicio en la legitimación del apoderado, mas no implica la ausencia de presupuesto de validez alguno para el negocio de apoderamiento".

21. Sustitución y delegación del poder

La sustitución es un acto jurídico unilateral en el cual el representante (previamente facultado por el *dominus*) otorga todo o parte de sus facultades de representación a un tercero (sustituto), apartándose de la relación jurídica de representación y asumiendo su posición el sustituto.

La delegación, es un acto jurídico unilateral en el cual el representante (previamente facultado por el *dominus*) otorga todo o parte de sus facultades de representación a un tercero (delegado), manteniéndose en la relación jurídica de representación (en tanto delegante) y ejerciendo un poder de control respecto del delegado.

Ya se advirtió que el artículo 157 del Código Civil establece por regla general que "el representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución". Sin embargo, debe tenerse presente el artículo 158 del Código Civil, que establece lo siguiente:

> "El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que se le designó. Si no se señaló en el acto la persona del sustituto, pero se concedió al representante la facultad de nombrarlo, éste es responsable cuando incurre en culpa inexcusable en la elección. El representante responde de las instrucciones que imparte al sustituto.
>
> El representado puede accionar directamente contra el sustituto".

Se observa, en posición que comparto, una omisión, en lo que a excepciones de responsabilidad del representante se refiere. En efecto, solo se contempla el supuesto de culpa inexcusable y no el de dolo. Aseverando que "el dolo es de una gravedad inclusive mayor al de la culpa inexcusable". Considero que, aplicando el argumento *a fortiori*, también queda dentro de las excepciones, la elección del sustituto —por parte del representante— hecha con dolo, el cual, evidentemente, deberá acreditarse (al igual que la culpa inexcusable). Además, el artículo 159 del Código Civil prescribe que:

> "La sustitución puede ser revocada por el representante, reasumiendo el poder, salvo pacto distinto".

En buena cuenta, en la sustitución el representante se aparta de la relación jurídica de representación y asume su posición el sustituto. En el caso de la delegación, el representante se mantiene en la relación jurídica de representación y ejerce un poder de control respecto del delegado. En el caso de la sustitución el representante solo responderá por culpa inexcusable en

la elección del sustituto. En el caso que el representado haya determinado quién es el sustituto, "si el representante sustituye el poder en persona distinta a aquella a la que le ha indicado el representado, el sustituto no tendrá legitimidad para regular los intereses del representado, pues nos encontramos ante un *falsus procurator*". De la lectura del artículo 159 del Código Civil se entiende que "bajo ninguna circunstancia debe entenderse que la irrevocabilidad de la sustitución establecida por el representante pueda ser eficaz frente al representado, pues este tendrá el derecho de revocar la sustitución en cualquier momento".

22. La renuncia

> La renuncia es el acto jurídico unilateral y recepticio con el cual el representante le comunica al representado su voluntad de apartarse de la relación jurídica representativa.

El artículo 154 del Código Civil establece que:

"El representante puede renunciar a la representación comunicándolo al representado. El representante está obligado a continuar con la representación hasta su reemplazo, salvo impedimento grave o justa causa.

El representante puede apartarse de la representación si notificado el representado de su renuncia, transcurre el plazo de treinta días más el término de la distancia, sin haber sido reemplazado"

Se observa que "la eficacia de la renuncia se explica en consideración del carácter de confianza de la relación que se instaura entre representante y representado. La renuncia es, por tanto, admitida incluso cuando el representante esté obligado al cumplimiento de actos representativos [...]. En tal caso el encargado está obligado al resarcimiento del daño, salvo que la renuncia tenga una causa justa". En este sentido, "en la renuncia, por contraste a la revocación, la extinción del poder proviene de la voluntad del representante. Es este el que decide poner fin al poder que recae sobre sí y a la sujeción en la que se encuentra el representado. En esa línea, el fundamento radicaría en la conclusión del vínculo de confianza entre poderdante y apoderado".

En opinión que comparto, la doctrina nacional afirma que "el segundo párrafo, al estatuir obligatoriedad, confunde gruesamente la representación con el mandato".

23. El mal diseñado sistema de apoyos y salvaguardias: el coronavirus que trajo el D. Leg. N.° 1384 y ha contagiado al Código Civil peruano

Otro tema por considerar es el neolenguaje en estas normas. Cuando la persona no puede manifestar su voluntad, la persona que supuestamente lo "asistiría" para manifestar su voluntad, también lo llaman "apoyo", lo cual no tiene nada que ver con la naturaleza de este encargo. La situación obvia es que no hay forma de que pueda "interpretar la voluntad" de la persona, como no sea utilizando supuestos dichos o decisiones pasadas de la persona, o inclusive utilizando supuestos testigos de acciones o dichos pasados. No hay forma de asistir en la manifestación de voluntad, la única alternativa es la de sustituir su voluntad. **La situación real es que el "apoyo" de la persona que no puede manifestar su voluntad es, inevitablemente y en la práctica, un curador con un nombre "políticamente correcto" para los devotos de la Convención.**

En efecto, una mirada sistemática al Código Civil confirma ello: **¿qué sucedería, por ejemplo, en los casos que se pretenda disponer de los bienes del "apoyado"?** El artículo 156 del Código Civil establece que:

> "Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad".

¿Hasta dónde va allegar la ficción que el apoyo tiene la capacidad de "interpretar la voluntad de la persona a quien asiste"? Me refiero, por ejemplo, a la persona en estado de coma: un sujeto con capacidad de ejercicio restringida (no sometido a curatela) que cuenta con el sistema de apoyos (artículo 44.9 del Código Civil), o como lo establece el artículo 659-E del Código Civil a "las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad". **¿Van poder disponer de sus bienes o gravarlos en atención al "criterio de la mejor interpretación de la voluntad" del apoyado?**

No me opongo a que en este caótico sistema el apoyo tenga facultades de representación; pero es importante tener presente que en caso sea así, se deben aplicar las mismas reglas que están contenidas, a nivel sustantivo, en el Libro de Acto Jurídico y, para dar oponibilidad y seguridad de tráfico jurídico a estos actos, en el Libro de Registros Públicos, en especial la normatividad del Registro de Mandatos y Poderes. Cuestionar ello, por el falso problema que genera una "doble inscripción" es ver las cosas desde un maltrecho arbusto e ignorar lo que pasa en el bosque".

Capítulo V: Interpretación del negocio jurídico: ¿Hacia la búsqueda de "lo expresado" o de "la común intención de las partes" o (simplemente) de un espejismo?[9]

[9] En gran parte, este capítulo es un copia y pega del capítulo de interpretación del libro de TP de Espinoza.

1. Introducción[10]

2. El objeto de la interpretación y su definición

La interpretación del negocio jurídico debe ser diferenciada de la denominada “interpretación de la ley”. En efecto, si bien ambas forman parte del género “interpretación jurídica”, la primera es una técnica integradora de la voluntad exteriorizada del agente, mientras que la denominada “interpretación de la ley” es una “técnica integradora del mensaje legislativo”, la cual no recae (como comúnmente se cree) sobre las normas jurídicas (que son objetos ideales) sino sobre “un documento o el conjunto de documentos de los cuales se sabe o se postula que expresan una norma jurídica determinada o un conjunto de normas; la norma jurídica es el significado que mediante la interpretación es atribuido al documento o a una combinación de determinados documentos”. Sin embargo, ello no quiere decir, que en determinados casos no se puedan aplicar las reglas de la denominada "interpretación de la ley” en ciertos actos o negocios jurídicos[11].

Como agudamente se ha observado, en la medida que entró en crisis la noción del acto jurídico como modo de ejercicio de la soberanía del individuo en la esfera jurídica que le es propia, también “la doctrina de la interpretación como reconocimiento del contenido de una voluntad llegó al ocaso”. Se agrega que “la ecuación puesta entre interpretación y reconstrucción del querer corresponde a una concepción que, a decir poco, no existe desde hace más de un siglo y quizá nunca existió. [...] La voluntad forma objeto de la investigación no en cuanto sea una voluntad soberana, sino en cuanto una norma soberana ordena adecuar los efectos del negocio a la voluntad”. Se concluye que “la cuestión de la correlación entre interpretación y voluntad es, antes que nada, una cuestión de derecho positivo”. Por consiguiente, el objeto de la interpretación son “los signos” (exteriorizados a través de documentos y conductas) con los cuales las partes o un sujeto han manifestado su voluntad, que permiten al operador jurídico arribar a la “voluntad legalmente reconstruida”, que tiene como fin “encontrar el justo significado del contrato” o del negocio jurídico.

3. Naturaleza de las normas sobre la interpretación del negocio jurídico

La doctrina mayoritaria las entiende como normas jurídicas llegándose a decir que “es deber del juez adecuarse a los cánones hermenéuticos fijados por la ley”. En un primer momento, un sector de la doctrina les negaba esta categoría, y las entendía como “reglas lógicas” de las cuales el intérprete no podría apartarse, inclusive, en el caso que no estuvieran codificadas”. Categóricamente se afirma que “lo que no puede admitirse es que se afirme que su aplicación depende del libre arbitrio del juez; es tanto como decir que la ley crea las normas y al propio tiempo las deroga retirándoles su fuerza coactiva”.

En mi opinión, las normas de interpretación reguladas en el Código Civil peruano tienen carácter imperativo. La ratio de estas es que se establezca una relación jurídica justa y eficiente. No se podría concebir una cláusula en la cual se acuerde que la interpretación sea contraria al principio rector de la buena fe. ¿Cabría que se pacte, en términos generales, interpretar asistemáticamente, en contra de la naturaleza y objeto del acto jurídico, o en contra del adherente? La respuesta correcta es la negativa. Las normas prescritas en los artículos 168, 169, 170 y 1362 del Código Civil son un contenido mínimo de reglas a las cuales deben someterse los particulares y los operadores jurídicos.

Sin embargo, ello no implica que, adicionalmente, las partes (o quien manifieste su voluntad) establezcan otras reglas de interpretación y, en tanto no contravengan otras normas imperativas,

[10] Habla de una experiencia personal y cómo hubo malentendidos por un congreso de derecho; insomma, este ítem es irrelevante.

[11] Y en esta parte da como ejemplo el caso de la Minera Yanacocha.

ni sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres (artículo V del título preliminar del Código Civil) estas son plenamente válidas y eficaces. Tal es el caso, por ejemplo, en el que las partes acuerden que, en caso de contradicción entre un contrato y un anexo del mismo, prevalezca el primero.

No se debe pasar por alto el fenómeno de globalización jurídica que se está presentando, al incorporarse al derecho nacional modelos jurídicos contractuales foráneos, especialmente los norteamericanos. Ello lleva como "producto" una suerte de "contrato alieno", en el sentido de *alius*, "otro, extranjero"; pero también *alien* y, por consiguiente "extraterrestre". **En este escenario, el operador jurídico tiene que realizar una fina labor de interpretación.**

4. Análisis comparativo con el Código Civil italiano de 1942[12]

En doctrina, se diferencia claramente "la interpretación denominada subjetiva, la cual está dirigida a aclarar la común intención de las partes, conforme al principio de fondo de la interpretación del contrato" y "la interpretación denominada objetiva, la cual está dirigida a fijar el significado del contrato cuando está en duda la común intención de los contrayentes".

Sin embargo, se advierte que esta clasificación es confusa y debería ser abandonada y que "sería más apropiado definir las unas, normas prioritarias de interpretación y las otras, normas subsidiarias, poniendo en evidencia que también estas últimas, es decir, las denominadas normas de interpretación objetiva, si bien se caracterizan por lo que el juez puede recurrir a estas solo cuando después de la aplicación de las normas de interpretación subjetiva el contrato permanezca oscuro, siempre están dirigidas, como debe ser en toda norma que se defina como interpretativa, a la búsqueda de la común intención de las partes".

Dentro de nuestro sistema, si queremos seguir la clasificación clásica, pertenecerían a los criterios de interpretación subjetiva o histórica los artículos 168, 169, 170 y 1362 del Código Civil, mientras que el artículo 1401 del Código Civil correspondería a los criterios de interpretación objetiva o integradora.

Sea cual fuere la etiqueta que se pretenda poner a estas clasificaciones, una cosa es clara: la efectiva reconstrucción de "lo expresado" o de "la común intención de las partes" es de carácter objetivo, por cuanto el operador jurídico se basará tanto en documentos como en los comportamientos de las partes, para lograr un "resultado" en su interpretación. Por eso se sostienen que "las reglas de interpretación reflejan, en general, parámetros de *equilibrio*, *eficiencia*, *racionalidad* y *razonabilidad* de la relación contractual".

5. Hacia la búsqueda de la "voluntad expresada" y de la "común intención de las partes"

La búsqueda de la común intención no se limita solo a rescatar lo que expresó cada una de las partes: dado que el contrato es un acuerdo de voluntades, se debe arribar al consentimiento, es decir, al entendimiento al cual presumiblemente las partes han (o creyeron haber) llegado", a la programación de la relación jurídica entablada, para poder así, reconstruirla. Como ya se advirtió, esta búsqueda se extiende a la fase anterior y posterior de celebración del contrato: no solo a través de los documentos redactados, sino del comportamiento de las partes. Es cierto que se puede emprender esta búsqueda con parámetros subjetivos (siendo una suerte de *medium* de las intenciones de las partes) o con parámetros objetivos (individualizando y entrelazando datos de hecho que nos permitan llegar a dicha común intención).

La pregunta de rigor es: ¿Aunque haya asumido parámetros objetivos o subjetivos para determinar la "común intención", esta es tal o solo un espejismo? En efecto, la discusión sobre la "común

[12] Solo vale la pena mencionar la clasificación de interpretación subjetiva y objetiva.

intención" surge en el momento patológico de la relación contractual y podrá haber tantas interpretaciones de "común intención" como partes en un contrato. Cuando el llamado a decidir (juez o árbitro) opte por una de estas, ¿fue verdaderamente "la común intención" de las partes? Ello pone en evidencia que esta forzosa búsqueda en medio del desierto de la discordia (entre las partes) nos lleva a un oasis que no necesariamente es real, sino el que presumiblemente y en atención a lo declarado y a la conducta de las partes, es el que se asume como válido: necesario espejismo en aras de la seguridad jurídica. En suma: no necesariamente se descubre una regla preexistente, sino a un "resultado" interpretativo". Como agudamente ha sido observado, es tan obsesiva, como hipócrita, la preocupación del juez por el principio que él no puede "hacer el contrato por las partes".

Y es que ahí donde el supuesto sea de tipo declaracionista, el primer paso del intérprete consiste en edificar el significado de la declaración; significado que no corresponde a una verdadera realidad natural, y es en cambio una pura construcción lógica, útil para alcanzar ulteriormente los efectos jurídicos del acto. Por ello, esta "reconstrucción" es de carácter objetivo, independientemente de las antojadizas clasificaciones de criterios de interpretación subjetiva y objetiva, que bien podrían llamarse (como ya fuera advertida) normas prioritarias y subsidiarias de interpretación o de cualquier otra manera.

6. Interpretación e integración

Se advierte que "la interpretación de los contratos —así como de los negocios en general— está dirigida, a la constatación de lo que constituye la intención efectiva de las partes (autorregulación de los propios intereses), más allá del sentido literal de las expresiones usadas. Sin embargo, esta fase —a menudo denominada "subjetiva" o "cognitiva'—, en cuanto básica y prioritaria, representa solo un aspecto del procedimiento interpretativo del negocio y no agota (o no puede agotar) la actividad hermenéutica requerida por la ley al respecto. En efecto, cuando esta primera indagación no haya tenido un éxito positivo y subsista aún la duda sobre el alcance real de la declaración, se aplican una serie de reglas interpretativas suplementarias que prescinden, en cierto modo, del real intento negocial, y están dirigidas, sobre la base de varios criterios, a la salvaguardia de dichos intereses y a la obtención de fines específicos, entre los cuales, el fundamental es la misma conservación del acto jurídico, es esta la interpretación denominada "objetiva" o integradora". Mientras sobre el primer perfil, la interpretación del acto privado de autorregulación (negocio) tiene sustancial afinidad con la interpretación de la ley, bajo el segundo perfil, se distingue netamente".

Evidentemente, si se quiere ser didáctico, se pueden separar los momentos de la interpretación e integración. Sin embargo, no debemos olvidar lo obvio: se trata de un solo proceso que, en la práctica, no es tan claro saber si se está en una o en otra fase.

7. El principio de la buena fe

> El principio de la buena fe puede ser afrontado desde dos perspectivas: una subjetiva, en la cual se considera como la convicción interna que se está actuando correctamente, conforme a derecho (llamada también buena fe creencia); y otra objetiva, caracterizada por el comportamiento correcto del sujeto que es percibido por la contraparte o por los demás (buena fe lealtad, probidad, confianza o comportamiento).

Si bien a nivel probatorio es evidente que la buena fe objetiva acusa menos incertidumbre que la buena fe subjetiva, es pertinente resaltar que no se trata propiamente de "dos clases distintas de buena fe, sino más bien dos aspectos de un mismo concepto, ya que la distinción solo tiene sentido desde el punto de vista de su diversa instrumentación en el ordenamiento". Como calificada

doctrina española sostiene, "inicialmente, buena fe (*bona fides*) expresa la confianza o la esperanza en una actuación correcta de otro. Se concreta en la lealtad en los tratos y en la fidelidad en la palabra dada. Posee, sin embargo, una eficacia mucho más amplia y significa un modelo de comportamiento, no formulado legalmente y de imposible formulación legal, que vive en las creencias y en la conciencia social y al que deben ajustarse los comportamientos individuales".

Se ha advertido que existen tres vías de concreción del principio de la buena fe:

- Como un canon o criterio hermenéutico.
- Como un criterio de conducta conforme al cual deben ser cumplidas las obligaciones.
- Como un canon o criterio al que debe someterse el ejercicio de los derechos subjetivos.

No debe olvidarse que, al ser de un alcance tan general el principio de buena fe, este se irradia a través de otro grupo de principios, como es el caso del abuso del derecho, fraude a la ley, actos propios, entre otros. Otro sector de la doctrina prefiere calificar estos principios como "extralimitaciones contrarias a la buena fe".

> El principio de los actos propios consiste en la imposición de un deber de coherencia que surge frente a comportamientos concluyentes de un sujeto, a efectos de proteger la buena fe de la contraparte.

Se afirma, con razón, que "la buena fe obliga a la parte a la coherencia de los propios comportamientos, para no defraudar la confianza que estos han generado a la contraparte: esta se funda en el antiguo precepto *venire contra factum proprium*". En efecto, el principio" de los actos propios se remonta a la máxima *venire contra factum proprium non valet*, vale repetir, "que a nadie ha de estar permitido ir en contra de sus propios actos". Las condiciones para que se configure un supuesto de actos propios son las siguientes:

- Un sujeto que se encuentre en una situación o relación jurídica determinada.
- Que ese sujeto actúe de tal manera que genere confianza y certeza con respecto a un tercero.
- Que el tercero, de buena fe, establezca una relación jurídica con el sujeto que generó dicha situación.
- Como consecuencia de ello, se le impone al sujeto que creó la situación de confianza un deber de coherencia: por ello no puede ir en contra de sus propios actos.

La doctrina es unánime al admitir que no cabe invocar el principio de los actos propios "cuando el acto vinculante fuera un acto prohibido por ley". El principio de los actos propios no puede amparar actos ilícitos.

Un sector de la doctrina nacional denuncia que "la inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios en el Derecho Civil peruano se justifica porque ya existen soluciones jurídicas a los problemas relevantes que formula tal doctrina". Comparto la preocupación de que algunos operadores jurídicos aplican el principio de los actos propios en situaciones que tienen una regulación específica, lo cual no es correcto. Lamentablemente este error no solo se da en este caso. Sin embargo, debemos tener en cuenta que hay supuestos en los cuales los actos propios (entendidos como principios, reglas o doctrina) son perfectamente aplicables: no debemos olvidar que tanto la Constitución (artículo 139.8) como el Código Civil (artículo VIII del Título Preliminar) permiten emplear principios generales del derecho en caso de defecto o deficiencia de la ley. No hay impedimento para argumentarlos en caso de vacío ni como refuerzo en una motivación. Por ello, la afirmación que su empleo es impracticable e injusto, me parece gratuita y exagerada.

La problemática de los actos propios no se agota en la validez o no del acto que se pretende desconocer, sino en la responsabilidad civil que de ese actuar se deriva.

8. La interpretación sistemática

> La interpretación sistemática, que algún sector de la doctrina prefiere llamar de la "totalidad" del negocio jurídico, implica que la labor hermenéutica no debe agotarse en una cláusula determinada del contrato, o del negocio, sino en su relación con otras, entendiendo las partes del mismo, no como una sumatoria del todo, sino como una unidad funcional.

La interpretación sistemática implica diferenciar qué parte es indispensable para la reconstrucción de "lo expresado" o de "la común intención de las partes", de aquello que es simplemente superfluo'". Este criterio no es subsidiario "es decir, no es un criterio al cual se deba recurrir cuando resulte dudoso el significado de la cláusula en concreto. En realidad, la interpretación de la cláusula en concreto que no tenga en cuenta el texto en conjunto, arriesga de confundir el significado, en cuanto también una cláusula aparentemente clara debe ser vista y en tendida en el unitario conjunto del contrato". Sin embargo, el negocio jurídico no es una "isla" dentro del ordenamiento: sus cláusulas, así como el negocio (vale decir, la parte y el todo) también deben interpretarse en función y relación con la normatividad imperante. Queda claro que si un acuerdo (o "lo expresado") va en contra de una norma supletoria no hay problema; pero distinto es el caso, si colisiona con una norma imperativa, vale decir, de cumplimiento ineludible. En este caso, prevalecerá esta última.

En mi opinión, más allá de lo invocado por las partes, el juez o el árbitro está en la obligación, en atención al artículo 169 del Código Civil, de hacer una interpretación total del contrato o del acto jurídico.

En no pocas ocasiones, **la interpretación sistemática de un acto jurídico, cuando genere alguna contradicción entre las partes de este** (por ejemplo, las cláusulas de un contrato o de un estatuto), **forzosamente implica la necesidad de prescindir de aquella parte "extraña" a la coherencia del acto jurídico en su conjunto**. En atención a una interpretación sistemática y al principio *utile per inutile non vitiatur* (lo útil no se vicia por lo inútil) el todo no puede verse sacrificado por la parte. Téngase presente que "la nulidad parcial es una manifestación del principio *utile per inutile non vitiatur*". Por consiguiente, en aras del principio de la conservación del negocio jurídico (que comprende un espectro más amplio que el de la nulidad parcial) la coherente y actual interpretación de un acto jurídico puede implicar prescindir de la parte "extraña" a su propia coherencia sistemática.

9. La interpretación teleológica

> La interpretación teleológica, a la cual se le denomina también finalista, causalista o funcional, ante la posibilidad de interpretar una cláusula o expresión en varios sentidos, tiene en cuenta la causa concreta y justificante por la cual se realiza el negocio jurídico.

Como se advirtió anteriormente, la causa puede ser entendida en dos modos, vale decir, "como función del negocio, o como justificación". Sin embargo, aunque peque con decir lo evidente, la labor interpretativa según este criterio también comprende los fines del negocio: no se olvide que el artículo 140 del Código Civil se refiere al "fin lícito" del acto.

Una atenta doctrina nacional explica que "si es que el acto jurídico contiene una causa declarada, entonces el intérprete deberá de atender al propósito empírico declarado. Si, en cambio, no se ha

declarado la causa de forma expresa y tampoco es posible de aprehender del contexto, entonces el intérprete queda facultado (o, inclusive, obligado) a asumir que el manifestante ha deseado el contenido que cualquier otra persona hubiera deseado, es decir, deberá de atenderse a la causa del tipo del acto jurídico concreto y de forma, digámoslo así, abstracta. No deberá de confundirse esto como un supuesto de integración, pues lo que el intérprete realiza es única y exclusivamente extraer del acto jurídico la voluntad expresa o presunta que ha deseado el manifestante y, a partir de ella, utilizar el criterio funcional para desentrañar los posibles conflictos que existan entre las declaraciones individuales que conforman el acto jurídico o, dicho desde otro apartado, las cláusulas de cada contrato".

10. La interpretación *contro proferentem*

> La interpretación *contro proferentem* es aquella regla hermenéutica, que se aplica en la contratación en masa, basada en el principio que cualquier ambigüedad deberá interpretarse en beneficio del adherente.

En el fenómeno de la contratación en masa ya no cabe indagar por una "común intención" de las partes: hacerlo sería "ciencia ficción". Aquí nos encontramos en un escenario donde no hubo negociación entre las partes, sino la adhesión de una al programa contractual diseñado por la otra; por consiguiente, la labor interpretativa (que no debe sustraerse de los criterios analizados anteriormente: buena fe, sistemático, teleológico, ni a otros que considere pertinente el juez o el árbitro) tendrá que basarse en el principio que cualquier ambigüedad deberá interpretarse en beneficio del adherente. Ello se justifica plenamente si tenemos en cuenta que el predisponente, al beneficiarse con este tipo de contratación, tendrá que asumir los costos, por haber creado (ya que él redactó el contrato) dicha situación.

Doctrina nacional afirma que el artículo 1401 del Código Civil "también puede ser extendido a todos los negocios jurídicos bilaterales en los que se pruebe que la ambigüedad de las condiciones estipuladas es imputable a una sola de las partes".

11. ¿Puede el juez o el árbitro realizar una interpretación total del contrato aunque no haya sido solicitada por ninguna de las partes?

Esta decisión motiva las siguientes reflexiones[13]:

- La labor interpretativa del juez o del árbitro, no solo debe limitarse a lo alegado por las partes. El operador jurídico "conoce el derecho", en atención a lo prescrito en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil y el artículo 169 del Código Civil (que es un mandato imperativo) establece claramente que "las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras", independientemente si han sido invocadas o no. Ello se demuestra en este caso: era un imperativo tanto para la exclusión del pago de las (aparentes) transacciones, como para la aplicación del deducible. ¿Es coherente afirmar que, al no haber sido invocadas estas cláusulas por la parte interesada, el juez o el árbitro estaban eximidos de la interpretación total del contrato? La respuesta correcta es la negativa.
- El juez o el árbitro también deben tener en cuenta, dentro de su labor interpretativa, los principios jurídicos (y no solo en caso de vacío o deficiencia de la ley, como lo recita el artículo VII del título preliminar del Código Civil, sino también) para una aplicación más justa y eficiente del derecho. Prueba de ello es la aplicación del principio de conservación del acto jurídico que, si bien no ha sido reconocido formalmente en nuestro código civil,

[13] Este ítem trata esencialmente de un caso, sin embargo lo importante es conocer las conclusiones del mismo.

es admitido por la doctrina nacional. Este principio "es de fundamental importancia no solo en materia contractual, sino para todo el ordenamiento jurídico, en cuanto responde, al mismo tiempo, a una exigencia de economía general y a una presunción de seriedad de propuestas de cualquiera que emita una declaración de voluntad, sea privada o pública". Por este principio, catalogado como un criterio de interpretación objetiva, se entiende que las cláusulas del negocio deben ser entendidas en el sentido que tengan un efecto y no en el sentido contrario. Este principio también encuentra aplicación cuando una cláusula del contrato (o del negocio) es nulo: se mantiene el negocio, a menos que la cláusula sea tan fundamental que, con su ausencia, el mismo carezca de sentido.

12. A manera de conclusión

La clasificación de los criterios de interpretación en subjetiva y objetiva es una perspectiva que debe ser redimensionada. No me refiero a una mera cuestión terminológica, sino a lo que verdaderamente se busca con la actividad interpretativa. Hemos visto que "lo expresado" y "la común intención de las partes", en no pocos casos, resultan ser un espejismo y a lo que se llega es a una voluntad legalmente reconstruida por un juez o un árbitro: por ello, la labor de reconstrucción es objetiva. Es innegable que es un imperativo "la prioridad de los medios de interpretación subjetiva [...] respecto a los medios de interpretación objetiva, o como querramos llamarlos. Sin embargo, no comparto que haya un orden de prelación en nuestro sistema; pero tampoco que "cada artículo puede ser interpretado independientemente sin coordinar con el otro". Los casos planteados han sido una muestra clara que se pueden asimilar los diversos principios interpretativos sin recurrir, necesariamente, a un orden pre-establecido. Pero no solo ello: los diversos criterios de interpretación pueden complementarse entre sí para reforzar una argumentación. Recordemos que lo que tendrá (o debería tomar) en cuenta el juez o el árbitro, en caso de decidir, es el argumento más persuasivo que se presente entre las partes. No es que se trate de una prioridad jerárquica, en la cual, si no se puede aplicar un criterio, se recurre al siguiente, ni que se aplique un criterio interpretativo aislado, sin complementarlo con otro, sino de diversos criterios que se pueden ofrecer simultáneamente para generar un convencimiento o una "toma de posición" al que tenga que decidir.

Capítulo VI: Elementos accidentales del acto jurídico

1. Introducción

Si los denominados elementos esenciales afectan la validez del acto, los elementos accidentales (como es el caso de la condición y el plazo) afectan la eficacia del mismo. Nota aparte merece el cargo o modo, en el cual se buscan "otros efectos jurídicos además de los propios del tipo negocial".

Se advierte que, "elementos accidentales son aquellos que, a los fines del *minimum* que es necesario para la validez del negocio, pueden indiferentemente, existir o no existir", agregando que "la accidentalidad debe entenderse solamente en el sentido de que queda al arbitrio del declarante (o de los declarantes), incluir, o no, aquellos elementos en el negocio; pero no en el sentido de que, una vez incluidos, se pueda dejar de respetarlos: la inclusión de ellos en el negocio los transforma en elementos tan esenciales como los otros".

Los elementos accidentales (o modalidades) se pueden referir a la totalidad de los efectos del negocio jurídico (si se cumple la condición te vendo mi casa) o solo a alguno de los mismos (dentro de todas las obligaciones del contrato de prestación de servicios, una se cumplirá en un plazo determinado).

2. La condición

> La condición es el acontecimiento futuro e incierto del cual van a depender los efectos del acto jurídico. Puede ser suspensiva (que configura un acto válido, cuyos efectos quedan en pendencia hasta que se cumpla la condición) o resolutoria (que configura un acto válido que ya produce efectos jurídicos provisionales, que se transforman en definitivos cuando se verifica la condición).

Si se verifica la condición y el deudor no cumple, se genera un supuesto de responsabilidad civil contractual.

Frente a estas consideraciones debemos tener presente que "la incertidumbre es lo que *da sentido al mecanismo condicional*. Este sirve para proteger a las partes contra un riesgo, y *riesgo implica incertidumbre*". Es incierto el hecho del cual —con los instrumentos de conocimiento y los datos de la experiencia razonablemente disponibles a las partes— no se está en grado de decir con seguridad si se producirá o no dicho hecho (aunque una segura previsión podría obtenerse por técnicas de conocimiento más sofisticadas, a las cuales las partes no tienen conocimiento).

¿Tiene que ser necesariamente futura la condición?

En mi opinión la subjetividad de la certeza y la condición en función de un hecho presente o pasado, son los dos extremos del mismo problema. Como una aguda doctrina alemana lo ha percibido, ambos supuestos están íntimamente vinculados. En efecto, si la condición se fija en atención a un hecho presente o pasado "la incertidumbre en este caso solo es de tipo subjetivo". Por eso se sostiene que la **condición impropia** se presenta cuando las partes no tienen certeza del acontecimiento que objetivamente ya se produjo. Doctrina nacional entiende que la condición impropia "puede no consistir tanto en la realización del hecho pasado o presente e ignorado, sino en el conocimiento de la realización", agregando que "puede influir, pues, en la eficacia del negocio". En atención a ello, se concluye que el Código Civil peruano también las comprende".

La condición puede ser **suspensiva** en la cual, no obstante, se configure un acto válido, los efectos de este se mantienen en pendencia hasta la realización o no del acontecimiento futuro e incierto. Inteligentemente se advierte que "durante la pendencia de la condición, el negocio sometido a ella no engendra aún la nueva situación jurídica que la ley vincula al tipo de negocio a que aquel pertenece, pero puede producir otros efectos, provisionales y preliminares, encaminados a hacer

posible el orden de intereses concebido una vez que la condición se cumpla". La condición **resolutoria**, que es "la determinación de la voluntad consistente en el establecimiento de un evento que en caso de suceder o de no suceder, tendrá como consecuencia que todos o parte de los efectos del negocio se extingan. Esta extinción, a su vez, puede ser de tres órdenes: (a) reponiendo la situación a un estado anterior al de la realización del evento, si se pactó eficacia retroactiva; (b) sin modificación de la situación anterior, si no se pactó eficacia retroactiva, o; (c) sustituyendo la situación negocial por una nueva regulación". **Ambas condiciones atraviesan por dos fases**: una de **pendencia** (período comprendido entre la celebración del negocio y la realización o la falta de cumplimiento de la condición) y la otra de **verificación** de la condición (en la cual el acto producirá sus efectos, o sus efectos provisionales se convertirán en definitivos). No se debe confundir el estado de pendencia de la condición con el de los efectos del acto. En el caso de la condición suspensiva, penden (o están en suspenso) tanto la condición como los efectos del acto. En el supuesto de la condición resolutoria, en la primera fase, la condición está en pendencia; pero el acto surte efectos provisorios y en la de la verificación (si se cumple la condición) los efectos se vuelven definitivos. Si no se verifica la condición, los efectos se extinguen.

Vistas de otra manera, estas condiciones, tienen como función la de "neutralizar los riesgos". Así, la condición suspensiva "tutela contra el riesgo que un evento esperado por las partes (o por una parte) en su propio interés, no se produzca o se produzca muy tarde". La condición resolutoria "tutela contra el riesgo que un evento, temido por las partes (o por una parte) contrario a sus intereses, se produzca". **¿Qué pasa si existen dudas si una condición es suspensiva o resolutoria?** Frente a aquellos que se pronuncian a favor de una u otra, comparto la opinión de quien sostiene que se requiere "el empleo desapasionado de buenas técnicas de interpretación/calificación", prestando particular atención al criterio sistemático ex artículo 169 Código Civil.

La condición puede ser **potestativa**, "cuando consiste en un hecho dependiente de la voluntad de uno de los sujetos del negocio jurídico" (te daré mil si te gradúas como abogado) **casual** "si el cumplirse el evento depende de circunstancias extrañas a aquella voluntad [...] o de la voluntad de un tercero o como sostiene otro sector de la doctrina "cuando consista en un *evento* fortuito" (te daré mil si tal país gana el mundial de fútbol o si tal escritor gana el Nobel de Literatura) o **mixta** "en el caso de que dependa de la voluntad de uno de los sujetos del negocio y la de un tercero (te daré mil si contraes matrimonio con Juana)". La condición puede ser **simple**, cuando se limita solo a la realización de un acontecimiento (te regalo un viaje a Europa si acabas tus estudios universitarios) o **compleja**, es decir, supeditada a la verificación de varios acontecimientos (te regalo un viaje a Europa si has estado en el quinto superior, te gradúas con tesis y hayas obtenido la calificación de *magna cum laude*). En este último supuesto "la pluralidad de los hechos puede ser deducida en vía alternativa, cuando basta que suceda uno solo para que la condición se verifique; o en vía acumulativa, cuando la verificación de la condición requiere que todos se produzcan".

Se discute si dentro de la *condicio iuris* también estarían las condiciones que el mismo ordenamiento establece para la adquisición de ciertas situaciones jurídicas. Un ejemplo sería el caso de la atribución de derechos patrimoniales a favor del concebido (artículo 1 del Código Civil), por cuanto se trataría más de un presupuesto legal que una condición propiamente dicha. En todo caso estaríamos frente a uno de los *naturalia negotii*, al que, en sentido lato, se le daría el *nomen* de condición. Sin embargo, ello no impide —como ya se advirtió— que dicho presupuesto (llamémoslo elemento natural del negocio o condición) sea de naturaleza suspensiva o resolutoria.

También se suele distinguir entre **condiciones positivas y negativas**; pero como ha sido puesto en evidencia esta idea es engañosa, pues el lenguaje espontáneo permite expresar en forma

gramaticalmente positiva y negativa un mismo suceso. El carácter afirmativo o negativo pertenece más al terreno de la expresión gramatical que al terreno de la estructura o de la consistencia de los hechos previstos como eventos condicionantes. Desde este punto de vista es posible distinguir solo un evento condicionante que consista en una alteración, variación o modificación del estado de las cosas existentes en el momento de la celebración del negocio o un evento condicionante que consista en la permanencia inalterable del estado de cosas.

¿Se puede transmitir un derecho sometido a condición? Al no haber prohibición legal para ello, no existe inconveniente alguno para realizar tal acto jurídico. Evidentemente, los efectos de dicho acto están supeditados a que se verifique la condición y es un imperativo actuar acorde a la buena fe. Como bien se observa, estamos en presencia de una simple aplicación del principio por el cual nadie puede transferir a otro un derecho mayor de aquel que le compete.

2.1. La condición ilícita y la condición imposible

El artículo 171 del Código Civil establece que:

> "La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto.
>
> La condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible, se consideran no puestas".

Se observa que "la condición —suspensiva o resolutoria— es ilícita cuando es contraria a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres".

La condición es imposible "cuando el evento no se puede realizar, con o sin la intervención del hombre, en la realidad natural ('si dentro de cinco días construyo un edificio de veinte pisos"). Se habla también de imposibilidad jurídica, pero en general se trata de casos de ilicitud ('si me caso con tu hermana".

¿En qué momento se tiene que apreciar la ilicitud o la posibilidad de la condición? En materia contractual y a propósito de la condición suspensiva, el artículo 1404 del Código Civil establece que:

> "La licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella en un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se apreciarán al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo".

Evidentemente, siguiendo el precepto general, contenido en el artículo 171 del Código Civil, si se trata de una condición resolutoria, se considerará como no puesta, siendo el acto válido y eficaz.

2.2. La condición meramente potestativa por parte del deudor

El artículo 172 del Código Civil norma que:

> Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

Este precepto se basa en la regla *vitiatur et vitiat* (la condición potestativa suspensiva es nula y hace nulo el acto). Se advierte, en posición que comparto, que "la distinción entre condición potestativa y condición meramente potestativa a menudo se centra en la indiferencia o no para el sujeto entre cumplir u omitir el acto o en la seriedad de los motivos que pueden justificar la elección de la parte entre verificación o no de la condición. Sin embargo, se trata de criterios que no explican el porqué de la distinción, cuando mayor crédito tiene la idea según la cual debería tenerse en cuenta la presencia de un interés merecedor de tutela jurídica de la parte de la que

depende la producción de la condición". Por ejemplo, si uno establece la condición: si me caso, te alquilo mi departamento de soltero, estamos frente a una condición potestativa (válida, se entiende), lo cual es distinto a decir: si quiero, te alquilo mi departamento, condición meramente potestativa, generando que el acto sea nulo.

Entonces, "lo que caracteriza la condición meramente potestativa es que esta atribuye a la parte un directo poder decisorio sobre la eficacia o la ineficacia" del acto. Al respecto se sostiene que "el principio se justifica con la consideración de que, si el enajenante, o respectivamente el deudor, pudiera a su placer querer o dejar de querer la enajenación del derecho o la asunción de la obligación, el negocio existiría y no existiría al mismo tiempo, o sea, carecería de consistencia; sería como si el negocio hubiese sido estipulado en broma". Se advierte, con razón, que "el legislador ha concebido este artículo solo teniendo en mente la condición suspensiva". Sin embargo, en el caso de una condición resolutoria meramente potestativa en cabeza del deudor, en aplicación del artículo 171 del Código Civil, deberá ser entendida como no puesta, siendo el acto válido y eficaz. Queda claro que, aplicando el argumento a contrario, es perfectamente admisible la condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del acreedor (te doy mil, si dejas de fumar en un año)".

2.3. Régimen de pendencia de la condición. Actos conservatorios. Repetición de lo pagado

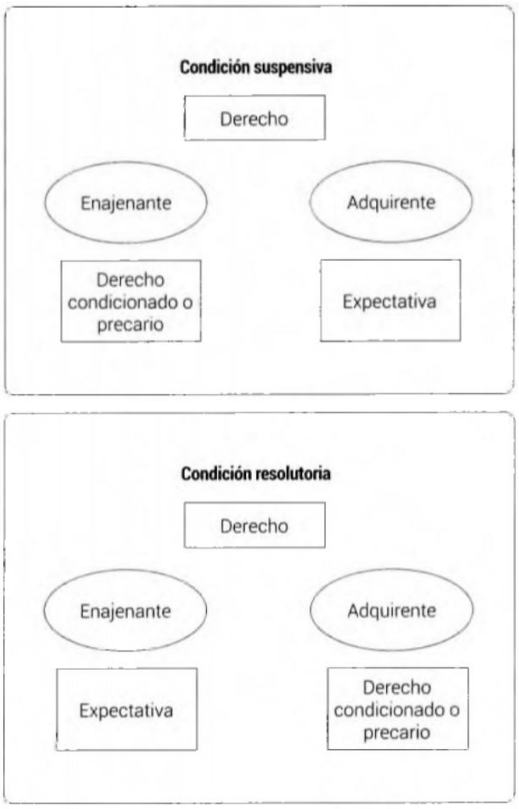
El artículo 173 del Código Civil prescribe que:

> "Pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios.
>
> El adquiriente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarlo pendiente ésta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios.
>
> El deudor puede repetir lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria".

Dicha fase —que toma el nombre de *pendencia* de la condición— se caracteriza por la incertidumbre respecto de la realización futura del evento: quien ha adquirido un derecho bajo condición suspensiva no es aún titular y no sabe si llegará a serlo (*expectativa*) y quien lo ha enajenado es aún su titular, pero no sabe si lo perderá (*derecho condicionado*); quien ha adquirido un derecho bajo condición resolutoria, se convierte en titular, pero no sabe si lo perderá (derecho condicionado) y quien lo enajenó perdió su titularidad, pero no sabe si lo readquirirá". Es importante tener en cuenta que "no teniendo aún el derecho, el titular de la expectativa no puede ejercitarlo; por ello frente a él, no corre la prescripción".

Para esto el titular de la expectativa puede cumplir actos conservativos: posibilidad dada, sea al adquirente bajo la condición suspensiva [...], sea al enajenante bajo la condición resolutoria". Se agrega que "el derecho precario es la *posición de quien actualmente tiene el derecho; pero quizá lo perderá con la producción de la condición*. Titular del derecho precario es la contraparte del titular de la expectativa y por consiguiente: el enajenante del derecho bajo condición suspensiva; el adquirente del derecho bajo la condición resolutoria".

Quizá los siguientes cuadros nos ayuden a entender esta situación:



El modelo jurídico diseñado en el artículo 173 del Código Civil reconoce a quien tiene la expectativa, es decir, el adquiriente de un derecho sometido a condición suspensiva o el enajenante de un derecho sometido a condición resolutoria a realizar los actos conservatorios tendientes a proteger el bien sobre el cual recae su titularidad. Ello no limita el derecho sometido a condición resolutoria, del cual es titular el adquiriente, quien, con mayor razón, lo puede hacer valer. Por ello, "en la fase de pendencia, quien ha enajenado un derecho bajo condición suspensiva y quien lo ha adquirido bajo condición resolutoria, son titulares efectivos del derecho enajenado y adquirido y pueden, por lo tanto, gozar y disponer de él [...] De ahí se sigue, por ejemplo, el que, si el bien del que son titulares perece por causa no imputable a ellas, se les aplica la regla según la cual el riesgo de perecimiento el bien recae sobre el propietario (*res perit domino* [...]). En consecuencia, una vez que se verifica la condición: a) el enajenante bajo condición suspensiva, si aún no ha recibido el precio no puede reclamarlo y si lo recibió, debe restituirlo; b) el adquirente bajo condición resolutoria, si aún no ha pagado el precio, está obligado a pagarlo; y si ya lo canceló, no puede pretender su restitución".

Si el deudor de la condición (suspensiva o resolutoria) hubiera realizado algún gasto, se entiende, relativo a la conservación del bien, tendrá derecho a la repetición de lo pagado, en atención al principio del enriquecimiento indebido (artículo 1954 del Código Civil). Al no establecerse un mandato imperativo, cabe pacto en contrario. Es sumamente importante tener en cuenta la actuación de las partes.

2.4. Cumplimiento de la condición indivisible

El artículo 174 del Código Civil regula que:

> "El cumplimiento de la condición es indivisible, aunque consista en una prestación divisible. Cumplida en parte la condición, no es exigible la obligación, salvo pacto en contrario".

Este artículo es aplicable en el caso de las condiciones complejas. En el ejemplo propuesto anteriormente (te regalo un viaje a Europa si has estado en el quinto superior, te gradúas con tesis y hayas obtenido la calificación de *magna cum laude*), la condición se dará por cumplida si se verifican todos los acontecimientos previstos, salvo pacto en contrario.

2.5. Cumplimiento de la condición negativa

El artículo 175 del Código Civil prescribe que:

> "Si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo, o desde que llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse".

Con ello se pretende evitar que el precepto negocial impuesto resulte indefinido.

Si bien el artículo está concebido con miras a las condiciones negativas, se sostiene que también se puede aplicar a las condiciones positivas el mismo principio. Así, "si la condición consiste en que se verifique cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá "no cumplida" desde que pasó el plazo, o llegue a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse. Por lo tanto, si la condición positiva fuera suspensiva, el negocio no surtirá sus efectos típicos; si es resolutoria, no habrá un cambio de la situación jurídica.

2.6. Realización irregular de la condición

El artículo 176 del Código Civil establece que:

> "Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida.
>
> Al contrario, se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento".

El artículo 176 del Código Civil prevé la denominada *ficción de la verificación de la condición*, cuando la condición falte por causa imputable a la parte que tenía un interés en contra, no concurrente, a la producción del evento.

Como se observa, en opinión que comparto, esta ficción opera como remedio (*en forma específica*) para la parte lesionada, y como una *sanción* para la parte responsable de la lesión.

2.7. Irretroactividad de la condición

El artículo 177 del Código Civil regula que:

> "La condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario".

En el caso de la condición suspensiva, los riesgos surgidos en el estado de pendencia (de verificarse la condición) los asume el enajenante y en el caso de la condición resolutoria, el adquirente.

Sin embargo, cabe pacto en contrario y hay excepciones, que como ha sido advertido por la doctrina nacional, se presentan en materia de sucesiones, concretamente en las herencias y legados voluntarios.

Si desde el fallecimiento los bienes se transmiten a los sucesores (artículo 660 del Código Civil), es forzoso entender que, en el supuesto de la sucesión voluntaria y el legado sometidos a condición, una vez verificada, tiene efectos retroactivos a la fecha del fallecimiento del causante.

Se concluye, en posición que comparto que "en materia ya del tratamiento coherente de las condiciones se reconoce implícitamente la retroactividad a pesar de lo que dispone el artículo 177 del Código Civil. Porque si no la reconociera, no podría autorizar las acciones conservatorias".

2.8. La condición en los contratos

El artículo 1430 del Código Civil regula la condición resolutoria expresa de la siguiente manera:

"Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria".

Se afirma que "este es uno de los remedios contractuales más eficaces para lograr que se ejecuten las obligaciones, pues funciona de un modo automático y no es necesario que el perjudicado por el incumplimiento recurra al Poder Judicial", ello, por supuesto, si quien incumple con la obligación acata (como debería ser) dicha resolución. Piénsese en el caso de una resolución de un contrato de arrendamiento de una casa por falta de pago y el inquilino, simple y llanamente, no desaloja el inmueble. Aquí, forzosamente, se deberá recurrir al juez. Sobre la naturaleza jurídica de esta acción, se afirma que, "no se trata, como afirman algunos autores, de una sanción impuesta a quien no satisface sus obligaciones. En realidad, es una manera de liberar a quien ha cumplido el contrato, sin que incurra por ello en responsabilidad".

2.9. La condición en los testamentos[14]

3. El término o plazo

> El término o plazo es el acontecimiento futuro y cierto del cual van a depender los efectos del acto jurídico. Puede ser *inicial* (llamado también *suspensivo*) o *final* (mal denominado *resolutorio*).

Si bien la doctrina mayoritaria prefiere utilizar la expresión "término", tanto el Código Civil peruano como la doctrina nacional emplea la expresión "plazo". En mi opinión, no hay inconveniente alguno en entenderlos como términos sinónimos.

Se explica que "las partes pueden fijar un término de tiempo desde el cual (término inicial) o hasta el cual (término final) se producirán los efectos del contrato". El elemento distintivo entre el plazo y la condición es la certeza del acontecimiento.

Se sostiene que "como la condición, también el "término" puede ser suspensivo o resolutorio, pero se dice más propiamente *inicial* (*dies a quo*) y final (*dies ad quem*)". El término **inicial** marca el comienzo de los efectos del negocio. Su función es "diferir la operatividad del contrato (o del negocio), que normalmente coincide con su conclusión, en un tiempo más lejano". El término **final** fija la extinción de los efectos del negocio. Su función es "definir la medida cronológica del vínculo y del compromiso contractual.

El **término esencial** "indica que el negocio jurídico ha de cumplirse necesariamente a su llegada, ha de consumarse, porque la prestación ejecutada fuera de ese término no satisface el interés que aquel negocio estaba llamado a producir (el encargo de un traje para una primera comunión o para una boda, como casos típicos). Cumplir la prestación con posterioridad equivale a un auténtico incumplimiento".

[14] Jurisprudencia comentada.

En doctrina se distinguen los criterios objetivos y subjetivos para determinar la esencialidad del término. Así, en la **esencialidad objetiva**, se configuran hipótesis "en las cuales es una norma legal, externa al contenido de la decisión privada, a indicar que el incumplimiento comporta el venir a menos de la relación entre situación de interés y acreedor (un sujeto se obliga a cumplir un hecho por el cual está fijado por ley un término perentorio)". En la **esencialidad subjetiva**, se configuran supuestos "en los cuales tal indicación deriva del contenido del contrato, o sea del conjunto de las cláusulas dispuestas por sus autores".

El término puede ser también determinado e indeterminado. El **término determinado** "es aquel que se supedita a un hecho que las partes conocen con antelación y que, necesariamente, va a acaecer". El **término indeterminado** depende de un hecho de necesaria realización pero que no puede establecerse la oportunidad o fecha de su realización. El término o plazo puede ser determinado por un tercero; también de manera legal (artículo 1688 del Código Civil), convencional y judicial.

El término puede ser expreso y tácito. El **término expreso** se configura "cuando su fijación ha sido hecha por una manifestación de voluntad precisa y directa". El **término tácito** se da "cuando en el acto no se ha señalado un plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se deduce con toda certidumbre que las partes no quieren que los efectos se produzcan o se ejerzan sino desde o hasta un determinado momento". Es el caso de un alquiler de una casa por la temporada de verano. También se habla de **término implícito** cuando puede "resultar de los mismos elementos de la regulación de intereses dispuesta por el negocio".

Se debe distinguir el término de eficacia del término de cumplimiento. El **término de eficacia** "suspende o hacer cesar el efecto (determina el momento del nacimiento o de la extinción de una obligación o de un crédito)". El **término para el cumplimiento** "indica el momento en que debe ser cumplida la prestación relativa a una obligación o aun crédito ya surgido". Un ejemplo de **término para el cumplimiento** lo tenemos en el artículo 1148 del Código Civil.

Comparto la opinión de quienes sostienen que "de no existir plazo, la obligación deberá ejecutarse inmediatamente, con la restricción señalada por el [...] artículo 182 del Código Civil". Es importante tener presente el artículo 1240 del Código Civil, que a la letra dice:

> "Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación".

Se enumeran las siguientes **características** del término:

- El término, en cuanto modalidad de los negocios jurídicos, tiene que ser accidental a la especie negocial o disposición de voluntad que subordina.
- El término tiene que ser futuro respecto de la fecha de celebración del negocio y cierto. Se advierte que es distinto el supuesto de prohibición legal de plazos (o términos) especiales (artículo 1001 del Código Civil).
- Ni el plazo ni el término pueden ser ilícitos.
- Posibilidad física (sería inválido el pacto que fija el término para el 30 de febrero).
- Posibilidad jurídica.
- En principio, la llegada del término no opera retroactivamente.

3.1. Actos conservatorios en los actos sometidos a término suspensivo y resolutorio

El artículo 178 del Código Civil prescribe lo siguiente:

> "Cuando el plazo es suspensivo, el acto no surtirá efectos mientras se encuentre pendiente.

> Cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento.
>
> Antes del vencimiento del plazo, quien tenga derecho a recibir alguna prestación puede ejercitar las acciones conducentes a la cautela de su derecho".

La condición, siendo incierta, pone en tela de juicio, para todas las partes, la eficacia del negocio, el término, que es cierto (por lo menos *certus an*), no la pone en contingencia, sino que la aplaza. Por ello, durante el estado de pendencia, quien del término establecido aguarda un derecho o la actualidad de un crédito, puede realizar todos los actos conservativos, como en el caso de la condición.

Doctrina nacional afirma que "es poco adecuado o al menos incompleto hablar de plazo resolutorio. Así es, si por tal entendemos aquel durante el cual pueden ejercerse los derechos y concluido que fuera llega el término final, el concepto es correcto. Pero no lo es tanto si a continuación se dice que llegado el fin del plazo, el derecho se extingue". En mi opinión el origen del problema está en pretender identificar simétricamente los efectos del término resolutorio con los de la condición resolutoria. Se trata de dos supuestos distintos: al verificarse la condición resolutoria, los efectos provisionales del negocio se vuelven definitivos; al cumplirse el término resolutorio, ya no se producen (se entiende que estamos en el supuesto de término de eficacia y no para el cumplimiento). La expresión "término resolutorio" es equívoca y mejor debería emplearse la de "término final".[15]

3.2. El beneficiario del término. La presunción *favor debitoris*

El artículo 179 del Código Civil norma que:

> El plazo suspensivo se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias resultase haberse puesto a favor del acreedor, o de ambos.

Se comparte plenamente que sería arbitrario hacer coincidir, en general, la posición del deudor con una posición subalterna del sujeto, mientras que la posición del acreedor como si fuera una situación hegemónica en el ámbito de las relaciones sociales. No obstante, las coordenadas diseñadas por el Código Civil peruano, las posiciones de la relación obligatoria deberían ser consideradas "socialmente neutras" sin que, necesariamente, la gente pobre se encuentre en un lado y el *popolo grasso* (es decir, los ricos) del otro.

Cabe **renuncia al beneficio del término**, si el mismo es a favor del deudor. Si el plazo es a favor del acreedor y del deudor, se tendrá que modificar la relación obligatoria por acuerdo de ambas partes.

3.3. Derecho de repetición de lo pagado por ignorancia

El artículo 180 del Código Civil dicta que:

> "El deudor que pagó antes del cumplimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho de repetición".

[15] En doctrina, Lohmann, Vidal, Aníbal e inclusive autores extranjeros como Emilio Betti, sostienen que la condición resolutoria, una vez se cumple, extingue los efectos del acto jurídico. Espinoza es el único autor que he leído, por ahora, que tiene esta postura rara de que la condición resolutoria no extingue, sino que transforma en definitivos los efectos del acto jurídico.

Siempre nos encontramos en un supuesto de término de cumplimiento, por ello se afirma que "este artículo es de aplicación cuando el término está establecido a favor del deudor y respecto de derechos crediticios".

En mi opinión, si bien estoy de acuerdo que no hay diferencia sustancial alguna entre ignorancia y error, sí es relevante respecto de que "situación" recaen. Por ello, si el deudor paga antes de la fecha del término inicial creyendo que este es antes de lo acordado, el error no da lugar a la repetición. Entendiéndose este supuesto respecto del término de cumplimiento. Si el error (que el artículo 180 del Código Civil llama ignorancia), recae en la creencia que no había plazo, si hay repetición.

3.4. Pérdida del beneficio del término

El artículo 181 del Código Civil regula que:

"El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo:

1. Cuando resulta insolvente después de contraída la obligación salvo que garantice la deuda. Se presume la insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravámenes por valor suficiente para el cumplimiento de su prestación.
2. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido.
3. Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, o desaparecieran por causa no imputable a este, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor.

La pérdida del derecho al plazo por las causales indicadas en los incisos precedentes, se declara a petición del interesado y se tramita como procedimiento sumarísimo. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a asegurar la satisfacción del crédito".

En mi opinión, estamos frente a una **carga** (entendida —se dijo anteriormente— como una situación jurídica dependiente de un derecho, destinada a obtener un resultado favorable). En efecto, si el acreedor no cumple con la carga de la intimación, no obtendrá el resultado favorable de la caducidad del plazo en su beneficio. Justo por ello se dice que "el vencimiento del plazo no es automático". También se afirma que "por tratarse de situaciones excepcionales, la ley ha querido limitar claramente los supuestos y ha establecido un *numerus clausus*".

Se advierte que por **insolvencia** debe entenderse "una situación objetiva del patrimonio del deudor, aunque no se haya producido una declaración judicial de concurso o quiebra".

Respecto del **vencimiento anticipado por alteración de garantías**, se sostiene que "el fundamento de la regla se encuentra en la estrecha relación que existe entre el plazo considerado como beneficio del deudor y la existencia de las garantías o seguridades del crédito. Puede existir entre uno y otro elemento alguna relación de causalidad: el plazo se concede porque la deuda se garantiza; pero, aunque tal relación causal no exista, una desaparición de las condiciones económicas sobre las que el pago aplazado se convino, debe experimentar algún influjo en la suerte de la obligación". Se observa que el texto no establece un término para la obtención de las garantías".

A propósito de la **disminución de garantías**, se sostiene que esta expresión "es bastante amplia y hace referencia al hecho de que la conducta del deudor haya producido un efecto reductor de la seguridad de que, por virtud de aquellas garantías, se beneficiaba el crédito. Se trata, por consiguiente, de una minoración y disminución de la seguridad, que lo mismo puede producirse por actos materiales que por actos propiamente jurídicos. La disminución puede, al mismo tiempo, ser una disminución física o una disminución del valor". En el caso de la desaparición, "puede ser destrucción total" ola extinción de la garantía "por causas específicamente jurídicas". Nótese

que el artículo 181.3 se refiere al concepto de causa no imputable, la cual puede ser objetiva (artículo 1315 del Código Civil, que se refiere al caso fortuito o fuerza mayor) o subjetiva (artículo 1314 del Código Civil, que se refiere a la diligencia ordinaria requerida)".

3.5. Fijación judicial del término

El artículo 182 del Código Civil prescribe que:

> "Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujese que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración.
>
> También fijará el juez la duración del plazo cuando este haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y estos no lo señalasen.
>
> La demanda se tramita como proceso sumarísimo".

Se ha señalado que la fórmula literal del precepto no es especialmente afortunada, pues el supuesto que en él se contempla no es el de falta de señalamiento de un plazo, hipótesis suficientemente resuelta con la regla de exigibilidad inmediata, sino de obligaciones de carácter duradero en las que lo que no se ha establecido es la duración del plazo. No se trata de un plazo tácito, sino de una situación que objetivamente requiere una determinada duración temporal para que los derechos y las obligaciones de las partes puedan hacerse efectivos".

3.6. Reglas para la determinación del término

El artículo 183 del Código Civil regula que:

> "El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:
>
> 1. El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.
> 2. El plazo señalado por meses se cumple en el mes de vencimiento y en el día de este correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.
> 3. El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.
> 4. El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.
> 5. El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente".

El artículo 184 del Código Civil, por su parte, dispone que:

> "Las reglas del artículo 183 son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente".

Sobre el calendario gregoriano se sostiene "que ha adquirido la condición de "calendario universal", ya que solamente Israel y los países árabes mantienen sus respectivos calendarios, aunque por razones de índole práctica suelen recurrir en sus periódicos y en los documentos de trato comercial a la doble datación.

4. El cargo o modo

El cargo o modo es la obligación (de carácter accesorio) que se le impone al beneficiario de una liberalidad cuyo incumplimiento no acarrea la ineficacia del negocio; pero sí responsabilidad contractual (si el beneficiario es el propio imponente o es un tercero determinado o indeterminado).

El modo se puede definir, entonces, como una cláusula accesoria que comporta el surgimiento de una obligación con función de límite del provecho recibido por el beneficiario de una liberalidad o de una atribución gratuita (modo, del latín modus, significa, cabalmente, medida, limite)". En mi opinión, dada la naturaleza jurídica del cargo o modo, cual es la de una obligación (de carácter accesorio) que se impone al beneficiario de una liberalidad, su incumplimiento genera responsabilidad contractual (si el beneficiario es el propio imponente) o una acción por enriquecimiento indebido (si el beneficiario es un tercero determinado o indeterminado).

El cargo o modo "se distingue de la condición porque no incide en la eficacia del negocio en el cual accede. Por tanto, la condición hace incierta la eficacia del contrato; pero no obliga. El modus, en cambio, obliga pero no modifica la eficacia del contrato, de tal manera que la prestación principal debe ser realizada, prescindiendo del cumplimiento de la obligación modal, que no transforma el contrato gratuito en contraprestación". También se le debe diferenciar de la carga. La carga se trata de "las condiciones de la conservación de un derecho, cuyo cumplimiento se necesita por la particularidad del derecho que ha de conservarse", es decir, "situaciones de necesidad de realizar un determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio". Un ejemplo de esta situación lo tenemos en el artículo 1338 del Código Civil, el cual establece que:

> "El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación".

4.1. Antecedentes históricos[16]

4.2. Naturaleza jurídica del modo

La doctrina española que vengo siguiendo ha sistematizado las siguientes teorías:

- **Teoría de la modalidad,** se entiende al modo como "una cláusula adjunta a un acto jurídico, con el fin de restringir o modificar la extensión de los derechos creados como el mismo".
- **Teoría del fin,** como la determinación expresa de un fin secundario del acto jurídico.
- **Teoría de la aplicación patrimonial,** como "determinación accesoria mediante la cual el que transfiere, por disposición de última voluntad o por donación, un derecho de bienes, impone al favorecido la obligación de emplearlos, total o parcialmente, en la obtención de cierto fin".
- **Teoría de la carga,** como una "carga aneja a una atribución patrimonial, impuesto al que recibe una liberalidad o, más en concreto, como una carga impuesta al que recibe una liberalidad".
- **Teorías eclécticas,** combinan el fin, la aplicación patrimonial y prestación personal".
- **Teoría de la obligación accesoria,** "el modo es una prestación como la que es objeto de una obligación cualquiera".

Se llega a la conclusión, en posición que comparto plenamente, que el modo es "una obligación accesoria impuesta al que recibe una liberalidad". Al imponérsele el cargo, surge una relación obligatoria accesoria, en la cual el beneficiario deviene en obligado y hay un beneficiario del cargo (que puede ser el mismo sujeto que efectuó la liberalidad —que también se le llama imponente del cargo— o un tercero).

4.3. Los elementos del cargo o modo. Aspectos relevantes

Son los siguientes:

[16] Irrelevante

- **Obligatoriedad**, "no ofrece duda que el ***modus*** requiere el elemento de la obligatoriedad, o, lo que es igual, la intención por parte del disponente de crear un vínculo obligatorio; de otro modo, existirá un simple consejo o deseo (*nudum praeceptum*), cuya observancia se esperará de la gratitud u honorabilidad del favorecido, pero que no tendrá valor jurídico".
- **Accesoriedad**, si bien el modo es una obligación "hay que justificar su carácter de obligación accesoria, es decir, excepcional, y extraña a la naturaleza del acto a que se incorpora".
- **Gratuidad**, por cuanto solo puede recaer sobre actos a título gratuito.

Sus aspectos más relevantes son:

- El modo no modifica los efectos típicos al negocio al cual se incardina, aunque le agrega otros que limitan económicamente los primeros, de suerte que tradicionalmente se ha dicho que es la más accesoria de las modalidades.
- Si bien conceptualmente autónomos el modo y la liberalidad, el primero descansa en la segunda, de suerte que encuentra su fundamento jurídico en una atribución que enriquece al gravado y por cuyo mérito se le puede exigir el cargo.
- Corolario de lo anterior es que el cumplimiento del modo solamente se puede demandar una vez hecha efectiva la liberalidad.
- Como el modo va unido a la liberalidad, el autor de esta puede disponer que el beneficiario de la prestación que se le exige al gravado sea el propio disponente o un tercero, quien adquiere un derecho a reclamar el cumplimiento del cargo.

Se afirma que "las normas de regulación del modo solo pueden aplicarse a los testamentos, donaciones y a ciertos supuestos de rentas vitalicias".

El artículo 185 del Código Civil regula que:

> "El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierna".

Se sostiene que "el cumplimiento de los cargos constituye una obligación para el beneficiario de la liberalidad. El problema consiste en determinar la naturaleza de dicha obligación y las consecuencias de su incumplimiento". La aceptación se puede producir expresa o tácitamente, salvo que se trate de un incapaz, caso en el cual su representante legal requiere autorización (artículos 448.9 y 532.1 del Código Civil). Debe tenerse en cuenta que "el modo no tiene carácter conmutativo, compensatorio o de equilibrio patrimonial, ni siquiera en parte, sino meramente limitativo". Sin embargo, como ya se mencionó, si bien el cargo no repercute en los efectos de la liberalidad principal, su incumplimiento genera una responsabilidad contractual, ya que la naturaleza del mismo es la de una obligación. La legitimidad para solicitad su cumplimiento la tienen tanto el imponente del cargo como el beneficiario, además de la entidad social, según sea el caso. En otra sede observé, siguiendo un sector de la doctrina italiana, que la naturaleza jurídica de la erogación, destinada a cumplir el fin del comité, es la de una donación modal y, por tanto, están legitimados para exigir su cumplimiento también los erogantes".

El artículo 187 del Código Civil regula que:

> "El gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad".
>
> Doctrina nacional afirma que "si el propósito de quien realiza una liberalidad es enriquecer al beneficiario de la misma, sería incongruente admitir que el cargo

> pudiera ser de tal entidad que no solo no hubiera enriquecimiento, sino que por añadidura, el gravado se empobreciera".

El artículo 188 del Código Civil norma que:

> "La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de un derecho pasa a los herederos del que fue gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona.
>
> En este caso, si el gravado muere sin cumplir los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos".

En mi opinión la disposición del artículo 188 del Código Civil desnaturaliza el cargo. En efecto, si la nota característica del cargo es que su incumplimiento no afecta la liberalidad ¿cómo se entiende que si se trata de una obligación intuito personae los bienes vuelvan al imponente o a sus herederos? En este caso, el cargo deja de ser tal y se convierte en una condición resolutoria.

El artículo 189 del Código Civil norma que:

> "Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno".

Con esta disposición se comprueba que el cargo es un elemento verdaderamente accesorio, por cuanto su ilicitud o imposibilidad no afectan la relación jurídica principal; pero si opera la regla contraria, es decir, si la liberalidad es ilícita o imposible, también afectaría al cargo (*accessio cedit principali*).

4.4. Un caso sobre incumplimiento del cargo (… o ¿a quién beneficia la Sociedad de Beneficencia?)

4.5. Una sorprendente casación: el incumplimiento del cargo genera la resolución de la donación[17]

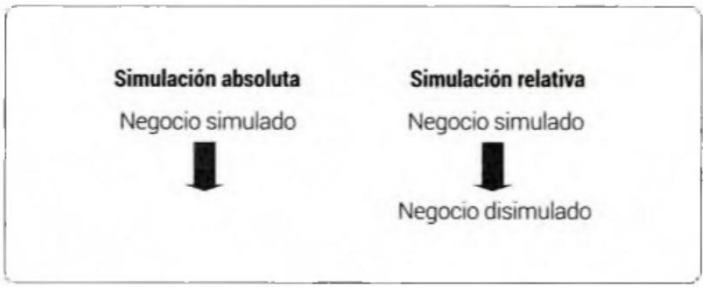
[17] Ambos ítems son análisis de casos.

Capítulo VII: Simulación del acto jurídico

La simulación es un tipo de apariencia negocial (en la cual hay una voluntad declarada distinta a lo verdaderamente querido) creada conciente e intencionalmente por las partes a través del acuerdo simulatorio, que se materializa en la contradeclaración. Puede ser absoluta, cuando en realidad, no ha habido una alteración de la situación jurídica anterior o relativa, en la cual ha habido una alteración diversa de la situación pre-existente.

1. Introducción

La simulación es un fenómeno de apariencia contractual creada intencionalmente. Así, "los contrayentes pueden dar vida a una regulación solo aparente, siendo en realidad los intereses que aparecen en el negocio, inexistentes o diversos respecto a aquellos efectivamente perseguidos, según la simulación sea absoluta o relativa. Piénsese, en el primer caso, en una transferencia simulada que tiene la sola finalidad de hacer parecer fuera del patrimonio del aparente enajenante un bien, con el fin de evitar ejecuciones forzadas de los acreedores. Piénsese, en el segundo caso, en una donación a la cual corresponde en apariencia una compraventa, con el fin de sustraer el bien a la acción de reducción a que correspondería a los herederos legitimarios. En el mismo sentido se opina que la simulación negocial existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial; ya sea este contrario a la existencia misma (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa). Quizá el siguiente cuadro nos haga entender la diferencia entre la simulación absoluta y relativa.



En mi opinión, si nos detenemos solo a analizar el acto simulado[18], llegaremos a la forzosa conclusión de que nos encontramos en un supuesto de causa falsa; pero si tenemos a toda la operación jurídica en su conjunto (declaración y contradeclaración) nos encontramos frente a una causa *simulandi* que puede ser lícita o ilícita.

Entonces, los **elementos** que caracterizan a la simulación son: la intención de engañar y el acuerdo simulatorio. Se advierte, en posición que comparto, que **no se debe confundir la simulación con la reserva mental bilateral**. En primer lugar la reserva mental, se produce *cuando la parte declara una voluntad contractual* (o negocial) *que desmiente en su fuero interno*: no existe contradeclaración, sino un puro comportamiento psíquico contrario a la declaración. Frente a la declaración, la reserva mental del autor es *irrelevante, aunque fuera advertida* por el destinatario de la declaración.

La contradeclaración puede ser entendida tanto la conducta de las partes, como el acuerdo simulatorio propiamente dicho o el documento que la acredita. Así, un sector de la doctrina advierte que no debe confundirse la contradeclaración con el acuerdo simulatorio, del cual constituye solo un elemento de prueba y no es un acto *ad substantiam*. Se trata de una declaración de ciencia, por consiguiente, no se puede resolver por mutuo disenso; puede valer como confesión y ser unilateral, es decir, suscrita solo por la parte contra cuyo interés ha sido redactada, siempre

[18] El acto aparente, aquel que es público para los demás. El acto disimulado, en cambio, es el acto real, el que efectivamente genera efectos entre las partes.

que haya sido entregada a las otras partes del contrato simulado posteriormente a la estipulación del contrato mismo".

Como se señaló, la contradeclaración puede asumir la forma de un documento, al cual se le suele llamar **contradocumento**, definido como "la prueba, casi legal, para la simulación (lícita o ilícita), [...] A estos efectos, el contradocumento es, justamente, el instrumento oculto que en algún punto deja al descubierto la realidad del acto simulado".

La simulación puede ser en el **sujeto** (en mi testamento doy mi porción disponible a mi esposa, cuando en realidad va a pasar a uno de mis hijos: la denominada interposición ficticia); del **objeto** (que comprende **simulación en los bienes**: vendo A, cuando en realidad vendo B; **simulación en el precio**: vendo un bien en 100 cuando en realidad es en 1000; **simulación en la fecha**: antedatándola o postdatándola) o de la **causa** entendida como "razón o motivo determinante" (dono un bien, cuando en realidad lo estoy vendiendo). El acuerdo simulatorio no es, de por sí, ilícito; por consiguiente, no es fuente de responsabilidad frente a los terceros, los cuales son tutelados de otra forma, salvo que concurran los elementos constitutivos de un supuesto de responsabilidad civil.

2. La simulación absoluta y la simulación relativa

El artículo 190 del Código Civil prescribe que:

> "Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo".

Se observa que "aunque este precepto se refiera expresamente a simulación absoluta, es obvio lo defectuoso de su redacción, que también incluye la relativa, pues en esta no existe voluntad de resultado del negocio aparente, sino del oculto".

El artículo 191 del Código Civil regula que:

> "Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero".

En la simulación relativa, se esconde otro negocio jurídico con función económica y social distinta, el cual sí refleja el orden de intereses que las partes desean regular.

En mi opinión, el negocio oculto, disimulado o real no puede tener ningún privilegio con respecto a cualquier negocio jurídico. Por consiguiente, cuando se refiere a la expresión "requisitos de fondo y forma", no es más que la plena aplicación del artículo 140 del Código Civil y esto se configura a nivel de validez, no de eficacia.

En cuanto a los **efectos**, el artículo 194 del Código Civil establece que:

> "La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente".

Dela lectura de los artículos 193 y 194 del Código Civil, llegaremos a la conclusión que "hay terceros que podrían tener interés en hacer prevalecer la realidad sobre la apariencia y terceros que, habiendo confiado en la eficacia del negocio simulado, podrían tener interés en hacer prevalecer la apariencia sobre la realidad".

3. El negocio disimulado, real u oculto

En opinión que comparto, se explica que "apartado como falso el negocio simulado, queda a la intemperie el negocio disimulado, y con ello sometido a la comprobación de su validez y eficacia", agregando que "en primer lugar, habrá que contrastar la existencia y licitud de la causa [...]. Para lo que se tendrá en cuenta el acuerdo simulatorio, pues si el resultado perseguido fue ilícito (p. ej., defraudar los derechos legitimarios), el negocio disimulado queda contagiado de ilicitud, al incorporarse la *causa simulationis* a la causa del negocio disimulado".

En efecto, "el negocio disimulado no tiene autonomía propia, a causa del nexo de compenetración respecto del negocio simulado. No existen, pues, dos declaraciones autónomas y separadas [...] y, al menos por regla general, la voluntad relativa al negocio disimulado se expresa contextualmente al acuerdo simulatorio, que la comprende. Por lo tanto, los requisitos de sustancia y de forma del negocio disimulado deben ser respetados por el negocio simulado".

La interposición ficticia de una persona es un supuesto de **simulación relativa subjetiva**, que se realiza cuando el acuerdo simulatorio tiene como objeto la atribución de la cualidad de parte del contrato a un sujeto que es ajeno al contrato mismo y presta solo su nombre.

La **interposición aparente o ficticia** de persona se distingue netamente de la **interposición real**, "que se configura cuando el acuerdo es siempre y solo bilateral, entre interponente e interpuesto, siendo absoluta y totalmente ajeno al tercero contrayente [...]. El interpuesto es la verdadera parte del negocio, de tal manera que no se puede dar un supuesto de simulación [...][19].

Se observa, en posición que comparto, que "la genérica colusión del mandatario con el tercero no es simulación". Dentro de la interposición real, también se encuentra el contrato fiduciario.

El **negocio fiduciario** "es el negocio mediante el cual un sujeto (fiduciante) aliena un derecho para una finalidad ulterior que el adquirente (fiduciario) se obliga a realizar retransfiriendo el mismo derecho al fiduciante o a un tercero". Se pueden clasificar en dos grandes grupos:

- Los que pertenecen al género *fiducia cum amico*, que se contraen en provecho del fiduciante (cedo un terreno a una persona, que aparecerá como propietario, a efectos de evitar la confiscación por responsabilidad política)
- Los que pertenecen al grupo *fiducia cum creditorem*, que se celebran en provecho del fiduciario. Es el caso de la transmisión de la propiedad, con la finalidad de garantía, a un acreedor.

La nota esencial del negocio fiduciario es que para alcanzar el fin el transmitente o fiduciante *confía* en el adquirente o fiduciario. El fiduciante estima que el fiduciario no abusará de la propiedad de la cosa o del crédito con que ha sido investido; que usará de la misma para los fines estipulados entre ambos (pactos de fiducia); cobro y restitución de la cantidad prestada, conservación de los bienes para su restitución posterior".

Se observa, con razón, que en un plano puramente teórico, la diferenciación entre fiducia y simulación es tarea sencilla. Sin embargo, en la práctica "las cosas se complican. La falta de un mecanismo abstracto de transmisión del dominio obliga a recurrir, simuladamente, a algunos de los contratos típicos (v. gr.: compraventa), que justifican una tradición dominical".

Los **contratos de acertamiento** son *aquellos que, dada una situación de incertidumbre sobre la existencia o sobre el contenido de posiciones subjetivas de las partes, la eliminan, aclarando si la posición existe y qué contenido tiene.* Sin embargo, la diferencia con el negocio simulado es

[19] Básicamente el caso del mandato sin representación, o lo que se suele llamar representación indirecta.

evidente: este no se basa en una situación real, como sí ocurre en el caso del contrato de acertamiento.

¿Qué hacer en caso de duda si se ha configurado una simulación absoluta o relativa? Se opina que, "en el caso de duda, la simulación se considera absoluta: en efecto, probada la simulación, se quita crédito a la declaración ostensible que, por ello, no debe producir efectos. Solo la prueba cierta de una voluntad negocial disimulada abre el problema relativo a los efectos correspondientes. Se puede adoptar una solución opuesta, cuando la voluntad disimulada de cuya existencia se discute sea un *minus* lógico respecto a la voluntad manifestada".

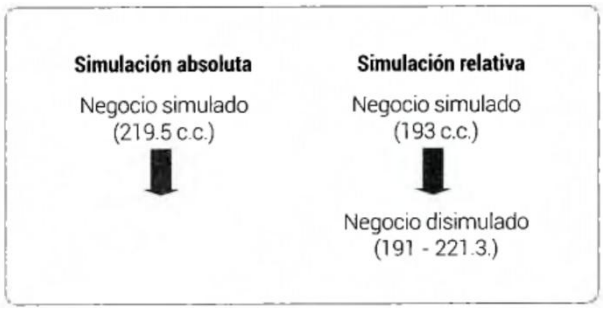
4. La situación del tercero frente al negocio disimulado, real u oculto

El inciso 3 del artículo 221 del Código Civil prescribe que el acto jurídico es anulable "por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero". **En el caso de la simulación relativa ¿qué acto perjudica verdaderamente al tercero?**

Viene en auxilio el artículo 220 del Código Civil, que norma lo siguiente:

> "La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por la confirmación".

De ello, las normas a aplicarse, según el tipo de simulación, serán las siguientes:



En mi opinión, la situación del tercero, repito, en el caso de la simulación relativa, está protegida con el derecho que tiene reconocido en el artículo 193 del Código Civil de atacar el acto simulado y "desvelar" (si se me permite la expresión) el acto oculto. Lo que lo perjudica es el acto simulado y el ocultamiento del disimulado. Creo que el problema ha radicado en ver tanto el acto simulado como el disimulado como dos realidades distintas, cuando en verdad, se trata de una sola operación jurídica que debe ser analizada en conjunto.

Cuando el artículo 191 del Código Civil supedita la validez del acto disimulado o real al hecho que "no perjudique el derecho de tercero", este precepto debe entenderse en el escenario en el cual un tercero de buena fe ha confiado y actuado en función del negocio aparente o simulado y aplicando el principio de apariencia, prevalecerá el negocio aparente y no le podrá ser opuesto el oculto, por más requisitos de sustancia y forma que tengan".

5. Simulación, fraude a la ley y apariencia

En el caso del **negocio con fraude a la ley**, nos encontramos frente a un negocio que se hace bajo el amparo de una norma de cobertura para eludir ilícitamente los alcances de una norma imperativa. La sanción es desconocer el acto que se hace al amparo de la norma de cobertura, aplicando la norma imperativa.

¿Las ventajas? A falta de una contradeclaración (y por tanto, de un pacto adjunto o contrario al contenido de un documento), la institución del fraude a la ley permite evitar los problemas conexos al régimen probatorio de la simulación. [...].

¿El éxito probable? Nulidad del contrato por ilicitud de la causa (se entiende, en el caso del fraude a la ley)".

En nuestro sistema no contamos con una norma expresa que sancione con nulidad el acto jurídico por fraude a la ley; pero no hay inconveniente alguno en aplicar el artículo 219.4 del Código Civil, que sanciona con nulidad el acto jurídico que tenga un fin ilícito.

En realidad, la línea divisoria entre el fraude a la ley y la simulación (sea absoluta o relativa) si bien se puede delimitar teóricamente, no se puede decir lo mismo en la práctica.

> En la situación de **apariencia**, nos encontramos frente a una situación jurídica compleja, en la cual concurren una situación real y una aparente. En este caso, en virtud del principio de seguridad del tráfico jurídico, se protege al tercero que, de buena fe ha confiado razonablemente, en la situación de apariencia, no pudiéndosele oponer la situación real.

El punto de contacto entre apariencia y simulación es la protección a los terceros. "Sin embargo, en la simulación, la tutela de los terceros es reforzada, por la reprobación social de la mentira y sobre todo de la intención del recurso a la mentira para ocultar la realidad".

6. La responsabilidad civil de las partes derivada de la violación del acto simulado

El artículo 2001.2 del Código Civil establece un plazo prescriptorio de siete años para "la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado".

En mi opinión esta disposición solo tiene sentido si se entiende como "violación del acuerdo simulatorio" y es una responsabilidad entre las partes que lo han suscrito. Partiendo de la premisa que se trata de una simulación que no afecta derechos de terceros y por ejemplo, se simula que A es propietario (cuando en realidad lo es B), si A (incumpliendo el acuerdo simulatorio) transfiere el bien a C (que ha actuado de buena fe), A será responsable civil y contractualmente frente a B bajo el plazo establecido en el artículo 2001.2 del Código Civil.

7. La simulación y la denominada acción pauliana (pretensión procesal de ineficacia)

8. Sobre el análisis que se debe efectuar para verificar si nos encontramos frente a un acto simulado[20]

[20] Este y el anterior ítem son comentarios de casos.

Capítulo VIII: El fraude a los acreedores: La acción revocatoria o también denominada pauliana (*rectius* pretensión procesal de ineficacia)

La acción revocatoria o pauliana es un instrumento de control creditorio que tutela el legítimo interés del acreedor sobre la actividad dispositiva del deudor, a efectos que no se perjudique su derecho de crédito y se traduce en el ejercicio de una pretensión procesal de ineficacia (relativa y limitada) de los actos jurídicos que realiza el deudor en los cuales peligra dicho legítimo interés.

1. Introducción

Si observamos con atención, la *sedes materiae* de la denominada acción pauliana, en tanto es parte integrante del escenario de la relación jurídica obligatoria, en la cual, el deudor, mediante actos (reales) de disposición, perjudica el derecho de crédito de su acreedor, no debería estar en el Libro de Acto Jurídico, sino en el de Derecho de las Obligaciones.

Una atenta doctrina nacional explica que, "cuando dos personas celebran un negocio jurídico se entiende que lo hacen sobre la base de la buena fe, con la intención de cumplir cada uno las prestaciones a su cargo. Sin embargo, puede suceder que, luego de celebrado el referido negocio jurídico, el deudor, en colaboración con un tercero, reduce o dispone de todos sus bienes, con la finalidad de dificultar o impedir que su acreedor vea satisfecho su crédito. El Código Civil, en el artículo 195 y siguientes, prevé un remedio en salvaguarda del derecho del acreedor de tener asegurada la satisfacción de su crédito: la llamada acción pauliana o revocatoria".

Un sector de la doctrina prefiere hablar de "facultad de control que el Derecho atribuye a los acreedores sobre la actividad patrimonial de su deudor —conductas de este tanto positivas (de disposición, de endeudamiento incluso [...] de rechazo de ciertas ofertas adquisitivas), como omisivas— en la medida en que dicha actividad repercuta negativamente en la solvencia del deudor y, por tanto, en las posibilidades de cobro de sus acreedores". De esta manera, no solo está comprendida la acción revocatoria, sino la subrogatoria, de la cual me ocuparé líneas abajo. En este orden de ideas, no se ha vacilado en afirmar —en posición que comparto— que la acción revocatoria es un "instrumento jurídico de control creditorio sobre la actividad *lato sensu* dispositiva del deudor".

En efecto, "si se quiere proteger *de verdad*, *efectivamente* el derecho al cobro (coactivo) de los acreedores, no basta con sancionar legalmente la responsabilidad patrimonial universal del deudor (con todos los bienes embargables de que sea titular al tiempo de la ejecución/embargo), sino que, además, la ley tiene que arbitrar, por lo que concierne a la actividad lato sensu dispositiva del deudor, un sistema de control a favor de los acreedores, que consienta a estos, en *determinadas condiciones*, impugnar los actos del deudor (de disposición, de endeudamiento) que resulten perjudiciales a la garantía patrimonial.

Se advierte que con la *acción revocatoria* (llamada también pauliana) los acreedores pueden hacer declarar ineficaces con respecto a ellos, los actos de disposición realizados por el deudor para defraudar sus derechos. Nos referimos a enajenaciones efectivas y no simplemente disimuladas.

Sobre la relación del **fraude a la ley** con respecto al fraude a los acreedores, nos encontramos en la situación del género frente a la de la especie. El fraude es, por tanto, siempre fraude a la ley: ambos tienen en común la *circunventio legis*.

La pretensión procesal de ineficacia es relativa (porque favorece solo al acreedor demandante) y limitada (porque se circunscribe al monto de la obligación).

2. Requisitos y caracteres de la pretensión procesal de ineficacia

Tradicionalmente la doctrina ha individualizado dos requisitos para que proceda la pretensión procesal de ineficacia del acto jurídico: el perjuicio económico del acreedor y la mala fe, fraude

o preordenación dolosa (si se trata de actos anteriores al crédito afectado) del deudor y terceros. Por eso se sostiene que entre los requisitos subjetivos para la admisibilidad de la acción revocatoria, se debe configurar que el *deudor sea consciente* del perjuicio que ocasiona al acreedor o que, tratándose de un acto anterior al nacimiento del crédito, el acto mismo sea dolosamente realizado con el fin específico de defraudar.

Pero el problema no se agota ahí: es necesario considerar también los intereses del tercero adquiriente, que puede haber confiado en la estabilidad de la adquisición y que sería dañado si, como consecuencia del acogimiento de la acción revocatoria, el bien fuese sometido a la ejecución forzada por parte del acreedor impugnante. Aquí prevalece la tutela de la confianza solo si se trata de una adquisición a título oneroso: en tal caso, el acto será revocado solo si concurre *la mala fe del tercero adquiriente*".

Sobre el **perjuicio económico**, se afirma que es el elemento fundamental en la estructura de la acción paulianas, En este orden de ideas, posible objeto de la acción revocatoria es el *acto de disposición patrimonial*, con el cual el deudor ocasione conscientemente perjuicio al acreedor.

Entre sus **caracteres** encontramos los siguientes:

- **Es una pretensión de ineficacia (eventualmente, indemnizatoria);** en efecto, es una pretensión de "impugnación/ineficacia —como *efecto* principal suyo—, pero con *fundamento o finalidad* reparatorios/ indemnizatorios (del perjuicio económico que el acto debitorio impugnado causa al acreedor impugnante)". Incluso, no se ha vacilado en decir que se trata de una reparación *in natura*.
- **Es una pretensión personal (no real),** por cuanto el acreedor impugnante con la revocatoria "no ejercita un derecho/acción real sobre los bienes enajenados por su deudor, sino una acción (personal) impugnatoria contra el acto de enajenación realizado por su deudor (y, en su caso, además, contra el de subenajenación realizado por el adquiriente inmediato del deudor enajenante), acción que, caso de prosperar, le permite eludir el efecto perjudicial para él del acto impugnado (o, en su caso, de los actos impugnados)".
- **Es una pretensión conservativa o cautelar**; así, "en el caso concreto de la acción revocatoria, si el acreedor impugnante obtiene la ineficacia —relativa y limitada— de un acto de enajenación o de endeudamiento —económicamente perjudiciales— de su deudor, es para, así —reintegrada la garantía patrimonial lesionada por el acto perjudicial impugnado— cobrar su crédito (o cobrarlo mejor): pudiendo ahora (tras la impugnación exitosa/ineficacia judicialmente declarada), o perseguir ejecutivamente, en la medida precisa para evitar su perjuicio, el bien objeto de la enajenación debitoria impugnada, o eliminar, también aquí en la medida precisa para evitar su perjuicio, la concurrencia del crédito resultante del acto debitorio de endeudamiento impugnado, a la hora de actuar ejecutivamente sobre el activo del deudor común".
- Otro sector de la doctrina individualiza **el carácter de subsidiariedad**, por cuanto "se trata de un remedio excepcional con el cual los acreedores pueden impugnar aquellos actos realizados por el deudor que perjudiquen sus legítimas expectativas de realización coactiva de su derecho de crédito, *cuando de otro modo no puedan cobrar los que se les debe*". En sentido crítico, se afirma que "establecer que una característica de la acción pauliana es la subsidiariedad es un sinsentido que perjudica al acreedor para satisfacer sus intereses, y lo limita injustificadamente sobre qué remedio aplicar".

3. Efectos de la acción pauliana o revocatoria

La acción pauliana o revocatoria tiene como efecto principal el que sean declarados judicialmente ineficaces los actos jurídicos realizados por el deudor conjuntamente con terceros en detrimento del legítimo interés que tiene el acreedor sobre la actividad dispositiva del deudor. Sin embargo,

se advierte que también existe un efecto subsidiario indemnizatorio*. En efecto, si el tercero que participó en el acto de disposición que afectó el legítimo interés del acreedor, hubiere transmitido a otra persona (se entiende, de buena fe) el bien materia de este acto, no cabría la pretensión procesal de ineficacia; pero sí la indemnizatoria, si se configura un supuesto de responsabilidad civil. Incluso, en el caso que sí proceda la ineficacia, cabría una pretensión adicional indemnizatoria si se cumplen los requisitos del mencionado supuesto de responsabilidad civil.

El **principio de la universalidad** de la responsabilidad patrimonial del deudor consiste en que "el deudor responde de sus obligaciones con todos los bienes que forman parte de su patrimonio". Este es mitigado por el **principio de la proporcionalidad** de la responsabilidad patrimonial, "en el sentido que, si en abstracto todo bien que compone el patrimonio del deudor está destinado a la satisfacción coactiva del derecho del acreedor, en concreto, el acreedor tiene el derecho de agredir [...] los bienes del deudor solo en los límites en los cuales ello sea necesario para obtener la realización de su interés".

Es importante evaluar tanto cuantitativa como cualitativamente el patrimonio materia del conflicto. Por ello, "se permite al acreedor impugnar cualquiera de los actos realizados por el deudor (y no necesariamente el último en orden al tiempo o aquél entre los cuales haya determinado efectivamente el perjuicio) a condición, que la serie de actos realizados por el deudor se caracterice por la *intención fraudulenta* de este: los actos deben entrar en un "diseño" ejecutado por el deudor —y conocido por el tercero adquirente cuando se trate de actos a título oneroso— con el fin de erosionar (de manera gradual y, por consiguiente, poco evidente) la garantía patrimonial de sus acreedores".

El artículo 196 del Código Civil prescribe que:

> "Para los efectos del artículo 195, se considera que las garantías, aún por deudas ajenas, son actos a título oneroso si ellas son anteriores o simultáneas con el crédito garantizado".

Forma parte de los actos jurídicos susceptibles de ser sometidos a la pretensión procesal de ineficacia, el otorgamiento de garantía que, si bien, no implica un desplazamiento patrimonial, hace difícil el cobro del crédito.

El artículo 197 del Código Civil norma que:

> "La declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirientes de buena fe".

¿Se puede impugnar el derecho del tercero subadquirente de mala fe? La respuesta correcta es la afirmativa, siempre y cuando concurran los mismos requisitos que se aplican para el tercero adquirente. Se concluye que, "en términos generales se puede afirmar que la razón de la acción revocatoria acumulada (de enajenación y subenajenación) es que la subenajenación solo se entiende si se configura la revocación de la primera enajenación. Así, al eliminar el obstáculo que la primera enajenación supone para la reintegración de la garantía patrimonial del acreedor accionante, se requiere eliminar también el que supone la subenajenación sucesiva, sin cuya eliminación no se podría cobrar coactivamente sobre el bien enajenado (y subenajenado), propiedad actual del tercero subadquirente".

El artículo 198 del Código Civil regula lo siguiente:

> "No procede la declaración de ineficacia cuando se trata del cumplimiento de una deuda vencida, si ésta consta en documento de fecha cierta".

No cabe la pretensión revocatoria en los denominados actos debidos. En efecto, "en cuanto esencialmente necesarios, estos no podrían concretar los extremos del *consilium fraudis* ni del *eventus damni*, ni en el caso en el cual el deudor los hubiese efectuado sabiendo que no podía pagar, después, a sus otros acreedores e incluso, para favorecer a uno de ellos, con la finalidad de evitarle el concurso con otras partes, salvo, evidentemente, si el deudor entra en un procedimiento concursal. Con propiedad se ha dicho que la justificación de este artículo salta a la vista. La naturaleza de la acción pauliana no puede contener en sí misma el germen que permita negar a un acreedor la satisfacción de su crédito ya vencido, prefiriéndolo a otro vencido con posterioridad o, si venció antes, menos diligente en el cobro.

Por su parte, el artículo 199 del Código Civil prescribe que:

> "El acreedor puede ejercitar frente a los terceros adquirentes las acciones que le correspondan sobre los bienes objeto del acto ineficaz.
>
> El tercero adquirente que tenga frente al deudor derechos de crédito pendientes de la declaración de ineficacia, no puede concurrir sobre el producto de los bienes que han sido objeto del acto ineficaz, sino después que el acreedor haya sido satisfecho".

Al respecto, se sostiene que "puesto que la ineficacia del acto impugnado es solo frente al acreedor o acreedores actores, y solo en la medida de su perjuicio económico, de ello resulta que, *incluso frente al acreedor actor*, en lo que exceda de la cuantía de su perjuicio (el que le causó el acto impugnado), el acto por él impugnado con la acción revocatoria conserva su eficacia". De ello se deriva que "si tras el embargo/ejecución sobre los bienes enajenados por el deudor, cuya persecución ejecutiva ha sido posibilitada por el ejercicio exitoso de la acción revocatoria, quedase algún remanente de la ejecución, este no corresponde en ningún caso al acreedor impugnante y ejecutante".

4. Tipología de los actos materia de revocación

Con relación a los actos a título gratuito, impera el principio que *qui certat de damno vitando* (quien "lucha" para evitar un daño) es preferido a *qui certat de lucro captando* (quien "lucha" para obtener una ventaja)". Es decir: "el deudor (después en estado insolvente), antes de efectuar una liberalidad, debe estar seguro de poder cumplir sus obligaciones y el beneficiario del acto, en cuanto no ha debido soportar ningún sacrificio, no es considerado merecedor de tutela por el ordenamiento —o mejor—, no puede ser preferido al acreedor que, si no es satisfecho, se encontraría en la situación soportar un sacrificio".

Por el contrario, "no viene así para la revocación de los actos a título oneroso en sentido estricto o los actos que no revistan en sí características tales de hacerlos más o menos "sospechosos; en este caso la revocación del acto debe seguir a la resolución de un conflicto de intereses que el derecho debe tomar en consideración: al acreedor que teme haber perdido las garantías del propio crédito se contrapone un tercero (adquiriente o acreedor) que, por el hecho de haber cumplido (o haber contribuido al cumplimiento de) un acto con (o del) deudor, no puede *ipso facto* considerarse menos merecedor de tutela del acreedor que haya actuado en revocatoria —o, en el caso de la revocatoria concursal, de la masa de los acreedores". Por ello, "la presencia de estos intereses inconciliables entre sí y la necesidad de decidir a favor de uno o de otro parece constituir el corazón del problema de la acción revocatoria, sea esta ordinaria o concursal, de los actos a título oneroso".

5. La desaparición del elemento "fraude" y la ampliación del “daño” dentro de los presupuestos de la acción pauliana

Se llega a concluir que “el *eventus damni* puede ser identificado con la lesión de la misma garantía patrimonial “genérica que el deudor debe prestar a su acreedor”. Dicho en otras palabras: bastarían **el dato objetivo del perjuicio económico** (o la dificultad para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación), **así como la posibilidad objetiva de conocimiento del tal perjuicio** (tanto por parte del deudor como del tercero) **para que se active la pretensión procesal de ineficacia**. Resumiendo, estaríamos pasando de la comprobación del *consilium fraudis* a la constatación de la simple *scientia fraudis*.

6. La acción revocatoria y la subrogatoria

La acción subrogatoria es un instrumento de control creditorio que tutela el legítimo interés del acreedor frente a la inercia del deudor insolvente que, a su vez es acreedor en otras relaciones jurídicas patrimoniales, a efectos que no se perjudique su derecho de crédito y se traduce en el ejercicio de una pretensión procesal para asumir la posición jurídica del deudor-acreedor para contrarrestar dicha inercia.

El artículo 1219.4 del Código Civil prescribe que es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para:

> “Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva”.

Doctrina nacional sostiene que “usualmente las acciones subrogatorias u oblicuas se promueven cuando el deudor, titular de un crédito, por negligencia y sin la capacidad de satisfacer su obligación ante el acreedor por ser insolvente, no ejercita las acciones destinadas a hacer efectiva esa acreencia con el propósito de incrementar su patrimonio. Pero siendo estos los casos comunes, no son los únicos.

Como advierte una antigua doctrina, si bien la acción revocatoria y la subrogatoria tienen como fundamento remoto el derecho de garantía, difieren “en el fundamento próximo, porque la subrogatoria es el remedio contra las *omisiones* del deudor: la revocatoria contra las *acciones* del deudor mismo. *Omisiones* las primeras, que pueden haber sido inspiradas tanto por la buena como por la mala fe. *Acciones* las segundas, que para ser revocadas deben haber sido cometidas con fraude”. En este sentido, se pueden individualizar las siguientes diferencias:

- La acción subrogatoria es el remedio contra las omisiones del deudor: por esta el acreedor ejercita el derecho que el deudor descuida hacer valer; la revocatoria es el remedio contra las acciones del deudor mismo, es decir, contra aquellos actos que fraudulentamente disminuyen la garantía competente a los acreedores sobre el patrimonio del deudor.
- Los acreedores, ejercitando los derechos y los argumentos de su deudor, actúan como sucesores de este y, por consiguiente, se valen de los mismos medios del deudor y encuentran obstáculo en las mismas excepciones que podrían ser opuestas al deudor, porque *qui alterius iure utitur*, *eadem iure uti debet*; mientras que con la revocatoria los acreedores ejercitan un derecho propio, en mi opinión un legítimo interés propio, inconcebible en poder del deudor, el cual, vinculado por el acto voluntariamente cumplido, no podría ir contra sus propios actos.
- Entre las dos acciones no hay concurso electivo, pueden acumularse en manera alternativa o ejercitarse sucesivamente, cuando la primera ejercitada sea ineficaz. Los acreedores,

perdedores en tanto representantes del deudor, tienen la facultad de recurrir a la acción pauliana para impugnar el mismo negocio.
- La pauliana, a diferencia de la subrogatoria, exige la excusión del deudor para la demostración del *eventus damni*.
- La primera es un arma reservada los acreedores anteriores al acto impugnado, mientras en la otra pueden beneficiarse también los acreedores posteriores al nacimiento de los derechos que pretenden representar.

7. La acción revocatoria y la simulación

La doctrina que vengo siguiendo sostiene que es sobresaliente la diferencia entre estas figuras:

- La acción pauliana tiene a atacar a los actos reales fraudulentos. La acción de simulación está dirigida a desvelar actos fingidos inexistentes[21].
- Mientras en la acción pauliana el perjuicio consiste en la insolvencia del deudor, el perjuicio de la acción de simulación resulta de la incertidumbre y dificultad de hacer valer un derecho subjetivo y por consiguiente, de la amenaza de su posible violación.
- La legitimidad para obrar activa corresponde, en el caso de la acción pauliana, a los acreedores; mientras que en la simulación a cualquier tercero.
- En la acción revocatoria se debe distinguir si el acto de disposición es a título oneroso o gratuito, en la simulación, no.
- En materia de plazo prescriptorio, la acción revocatoria prescribe a los dos años (artículo 2001.4 del Código Civil) y la de simulación a los diez años (acto simulado, artículo 2001.1 del Código Civil, por ser nulo) o a los dos años (acto disimulado, artículo 2001.4 del Código Civil, por ser anulable).

Sin embargo, "no obstante las notables diferencias que existen entre el acto simulado y el acto susceptible de revocación (y entre las respectivas acciones), es generalmente admitido que pueden ser propuestas ambas acciones en el mismo juicio, asegurando así una tutela más rápida y eficaz al acreedor".

[21] Ergo, en la acción pauliana estamos frente a un acto real, que no es falso; supuesto totalmente opuesto a la simulación, en la que estamos ante un acto fingido, que es falso.